Compensatio lucri cum damno.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Hans Walsmann

Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0055

Meinen Eltern!

§ 1.

Die Schadensersatzlehre hat von jeher in der Rechtswissenschaft die grössten Schwierigkeiten verursacht. Der Grund hierfür ist wohl hauptsächlich darin zu sehen, dass gerade auf diesem Gebiet die zu entscheidenden Rechtsfragen mit der allergrössten Peinlichkeit und Sorgfalt gelöst werden müssen, weil das Vertrauen des Volkes zu seinen Richtern ganz besonders von einer gesunden, mit den nationalen und sozialen Anschauungen im Einklang stehenden Regelung der Frage, wer einen entstandenen Schaden tragen soll, abhängig ist. Nirgends geraten die widerstreitenden Interessen der Einzelpersönlichkeiten schärfer an einander als bei der Schadensverursachung. Der Geschädigte, der in dem ihm zugefügten Schaden zugleich einen Angriff gegen seine Person sieht und in seiner Empfindlichkeit die höchsten Anforderungen gegen den Verursucher der Unbilden stellt, beurteilt das Verhalten seines Gegners nicht objektiv und bezichtigt, wenn ihm nicht die Ersatzleistung in möglichster Vollständigkeit gleichzeitig eine Genugthuung gewährt, garzuleicht den Richter der Ungerechtigkeit. Demgegenüber spricht das Rechtsgefühl des objektiv denkenden Menschen entschieden dafür, dass der Schädigende, zumal wenn ihn wegen seines Verhaltens nach dem Urteil der Nichtinteressierten nur geringer Vorwurf trifft, nicht zu hart durch die Ersatzleistungspflicht belastet wird. Unter solchen Umständen ist es zu wünschen, dass in der Schadensersatzlehre, in welcher zwar die Billigkeit jede einzelne Entscheidung

regulieren soll, doch möglichst viele Rechtssätze als ius strictum festgestellt werden. Zu leicht wird grade auf diesem Gebiet die Billigkeit unter dem Urteil des Menschen zur Unbilligkeit.

Sehr häufig wird es vorkommen, dass der Schädiger dem Beschädigten durch das schädigende Verhalten selbst oder unabhängig von demselben Vorteile verursacht, ohne dass der Beschädigte auf diese Vorteile rechtlich irgendwie Anspruch hätte. Nun kennt allerdings unser geltendes Recht ebensowenig wie alle älteren Rechtsordnungen einen Rechtssatz, dass ganz allgemein der, welcher einem andern Vorteile verschafft, von diesem die Herausgabe derselben verlangen oder eine Vergütung dafür beanspruchen kann. Immerhin liegt es aber doch nahe, dass wenn jemand Schadensersatz leisten soll, er für die Schadensersatzleistung sich die von ihm dem Beschädigten verursachten Vorteile, welche mit dem zugefügten Schaden in irgendwelchem Zusammenhang stehen, zu Nutze machen kann. Eine derartige Ausgleichung zwischen Vorteilen und Nachteilen bei der Schadensersatzleistung bezeichnet man mit dem Schlagwort compensatio lucri cum damno. Ob und inwieweit eine Berücksichtigung der entstandenen Vorteile stattzufinden hat, das ist die in der compensatio lucri cum damno liegende Rechtsfrage, die zu lösen in nachstehender Abhandlung wenigstens ein Versuch gemacht werden soll.

§ 2.

Von jeher hat man die Frage, wann die Anrechnung eines Vorteils auf einen Schaden stattfinden muss, in erster Linie aus dem Begriff des Schadens selbst heraus zu entscheiden gesucht. Daher ist es unumgänglich nötig, den Begriff des Schadens klar zu stellen. Eine im grossen und ganzen mit den in der Litteratur bisher üblichen allgemeinen Schadensdefinitionen übereinstimmende Erklärung ist wohl die folgende: Schaden ist

jeder Nachteil, den ein Rechtssubjekt an seiner Persönlichkeit oder an seinem Vermögen erleidet. Diese Definition umfasst nicht nur den sogenannten Vermögensschaden, sondern auch die Körperverletzung, Antastung der Ehre und überhaupt jede Beeinträchtigung des vorhandenen Zustands in der Existenz des Rechtssubjekts. Den Begriff des Schadens auf den Vermögensschaden zu beschränken, widerspricht sowohl dem heutigen Sprachgebrauch als auch der gesamten historischen Entwickelung. Nicht nur die neueren Gesetzbücher z. B. Allg. Preuss. Landrecht; Österreich. Bürg. Gesetzb.; unser BGB (§ 253), sondern auch schon die alten Quellen z. B. Sachsenspiegel, das lübische Recht u. a. haben die in der Definition enthaltene Auffassung[1]. Degenkolb[2] erklärt den Schaden für einen durch und durch von positivem und insofern von subjektivem Gesichtspunkt aus zu gestaltenden Begriff: „Nicht allein, dass . . . nur das Subjekt, nie eine Sache Schaden im Rechtssinne erleidet: so sind auch Vollendung und Inhalt des Schadens nicht etwas unmittelbar durch das schädigende Ereignis selbst objektiv Gegebenes, sondern durch den Gesichtspunkt bestimmt, von welchem aus subjektive Betrachtung das Ereignis als ein wirkendes erfasst. Wird eine körperliche Sache „beschädigt", so liegt ohne daran interessiertes Subjekt ein Schade überall nicht vor; ob ein Subjekt und welches und in welcher Richtung es daran interessiert resp. von der Sachbeschädigung getroffen sei, ist Sache subjektiver Anschauung. Sie kann den Schaden ebenso gut in der Entziehung des konkreten Habens und Gebrauchens, kurz im Entbehren des aus der konkreten Sache entspringenden Vorteils als in der Entziehung eines Vermögenswertes erblicken." Degen-

---

[1] Vergl. auch Grimms Wörterbuch „Schaden".

[2] Degenkolb, „der spezifische Inhalt des Schadensersatzes" im Archiv für die civilistische Praxis B. 76. 1890 S. 57 f.

kolb fasst also den Begriff des Schadens vollständig abstrakt. M. E. geht er etwas zu weit. Richtig ist sicherlich, dass nur ein Subjekt Schaden erleidet. Das ergiebt sich daraus, dass der Begriff das Gefühl des Nachteils, also die lediglich bei Menschen in Betracht kommende Empfindung in sich schliesst. Auch das der subjektive Gesichtspunkt entscheidet, ob ein Schaden entstanden ist, mag aus dem gleichen Grunde zugegeben werden. Letzteres kann aber nur besagen, dass der subjektive Gesichtspunkt in negativer Hinsicht regulierend einwirkt. Wenn das entscheidende Rechtssubjekt in einer mit den allgemeinen Auffassungen des Lebens übereinstimmenden und von den Rechtsgenossen anerkannten Weise urteilt: „ich empfinde die an mir oder meinem Vermögen vor sich gegangene Veränderung nicht als Nachteil", so ist ein Schaden nicht entstanden, z. B. wenn A dem B von seinem Grundstück einen Haufen Erde wegnimmt, den B sonst zu einem Abladeplatz hätte fahren lassen müssen, so hat B einen Schaden nicht erlitten: ein Abbruch vom Vermögen, das Verlorengehen eines Gegenstandes ist zunächst erfolgt, da ja die Erde aus dem Machtbereiche B's herausgerissen ist; aber B, der froh ist, dass er die Erde nicht mehr fortzuschaffen braucht, urteilt, wie es auch seine Rechtsgenossen im gleichen Fall gethan hätten: die Fortname der Erde ist für mich kein Nachteil. Das entscheidende Rechtssubjekt ist dabei nicht individuell zu nehmen, d. h. die persönlichen Verhältnisse des von dem Verlust Betroffenen geben nur relativ den Ausschlag, z. B. wenn ein Millionär eine geringfügige Sache verloren hat, hat er doch Schaden erlitten, mag er auch selbst den Verlust nicht als Schaden empfinden, denn die Mehrheit wird entscheiden, dass der Verlust dieser betreffenden Sache einen Schaden in sich birgt. Entgegengesetzt kommt nicht in Betracht, dass der Abbruch für diesen oder jenen Menschen unter Umständen einen Nachteil enthalten könnte und dieser

oder jener urteilt: „ich würde den von X erlittenen Verlust bei meinen persönlichen Verhältnissen als Schaden empfinden“, wiewohl wiederum ein Schaden entstanden sein würde, wenn die Einbusse grade ihn getroffen hätte. Das Urteil des Betroffenen wird also, wenn es sich für die Existenz eines Schadens entscheidet, eine grössere — d. h. aber nur öfter, nicht stets — Berücksichtigung finden, als wenn es auf Nichtexistenz lautet. Mit diesem Urteil des menschlichen Denkens ist die Bedeutung des subjektiven Elements im Schaden völlig erschöpft. Wenn die Entscheidung lautet, es ist ein Schaden entstanden, so richtet sich der Umfang desselben lediglich nach dem objektiv vorhandenen Abbruch, mag er nun absolut konkret am Vermögen durch Verlust oder Beschädigung von Vermögensbestandteilen oder mag er an der Persönlichkeit entstanden sein. Dieser Abbruch, die nachteilige Veränderung des status quo ist stets die Grundlage für den Schaden. Ich habe hier wohl den Einwand zu gewärtigen, dass der Abbruch häufig gar keine reale Existenz besitze, sondern lediglich in der Empfindung, in der Gedankenwelt vorhanden sei, z. B. ein Haus ist wegen einer schönen Aussicht 30000 ℳ wert, durch Verbauen der Aussicht sinkt es auf 20000 ℳ; hier sei doch ein wirklich existierender Abbruch nicht vorhanden, ebenso bei Antastung der Ehre u. dgl. Dem gegenüber ist nur darauf hinzuweisen, dass auch in diesen Fällen ohne Abbruch und ohne eine reale nachteilige Veränderung der subjektive Gesichtspunkt, die Entscheidung des menschlichen Denkens überhaupt nicht in Frage kommen kann. Nicht an das schädigende Ereignis, sondern an seine Folgen knüpft sich das Urteil, und diese Folgen müssen deshalb notwendig vorhanden sein. Dass die Folgen etwas Körperliches darstellen, der Abbruch somit einen materiellen Inhalt hat, ist damit nicht gesagt, das ist aber für die Existenz auch nicht erforderlich. — Der Umfang des Schadens bestimmt sich rein objektiv

nach der räumlichen Grösse des Abbruchs. Der objektive Umfang bildet die Grundlage für die Naturalrestitution, für die Ersatzleistung in Geld muss er subjektiv gemessen werden. Praktisch ist bei der überwiegenden Bedeutung der Geldersatzleistung der auf eine Wertgrösse gebrachte Schaden von höherer Wichtigkeit als der objektive Umfang. Aber der so gemessene, in Wert umgesetzte Schaden ist nicht mehr der Schaden selbst. Die Wertung des Schadens ist für den Begriff desselben gleichgültig, sie hat ihre Bedeutung lediglich in der Lehre vom Ersatz, von der Ausgleichung des Schadens.

Der Vermögensschaden bedarf hier noch einer näheren Betrachtung. Für denselben ergiebt sich die Möglichkeit einer doppelten Auffassung. Der Vermögensschaden ist entweder

1) abstrakt: die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person nach Eintritt eines schädigenden Ereignisses und dem Betrage, wie er sich gestaltet hätte, wenn das Ereignis nicht eingetreten wäre. — Der Schaden ist hier als reine Wertgrösse gedacht — (Differenztheorie) — oder

2) konkret: die Einbusse selbst, welche das Rechtssubjekt in Gestalt der Entziehung oder Beschädigung eines Vermögensbestandteiles[1] am Vermögen erlitten hat. — In beiden Fällen ist der Schaden als Resultat der Einwirkung aufgefasst; während aber im ersten Fall dieses Resultat das abstrakte Ergebnis einer Vergleichung, für welche das schädigende Ereignis die Glieder liefert, bildet, erscheint bei der zweiten Auffassung als Schaden der unmittelbar aus dem Kreise der dem Geschädigten zustehenden Rechtsgüter fortgerissene Gegenstand selbst. Bei der ersten Auffassung geht die Vorstellung davon aus, dass das schädigende Ereignis das Vermögen als ein

[1] Vermögen und Vermögensbestandteil sind hier im Gegensatz gebraucht: Vermögen ist die Gesamtheit, Vermögensbestandteil der einzelne selbständige Gegenstand (Rechtsgut).

Ganzes trifft, bei der zweiten, dass die einzelnen Vermögensbestandteile als selbständige Ganze (nicht etwa als Bruchteile des Vermögens) in Leidenschaft gezogen werden. Die erste Auffassung zieht alle Folgen des schädigenden Ereignisses, mag es sich um Vorteil oder Nachteil handeln, in den Kreis der Berechnungen und den Begriff des Schadens selbst hinein, bei der zweiten umfasst oder richtiger ist der Schaden nur der Nachteil, die Einbusse als solche. Wenn man von dem Sprachgebrauch und dem geltenden Recht absieht, so sind beide Auffassungen möglich. Beide Begriffe geben formal logisch einen an sich wohl haltbaren Begriff. Freilich müsste man bei der ersten Auffassung die Naturalrestitution vollständig von dem Begriff des Schadens trennen; denn die Naturalrestitution arbeitet nicht mit abstrakten Wertgrössen, worauf jene Differenz doch hinausläuft, sondern operiert mit dem konkreten Inhalt der Veränderung, die sie durch unmittelbare Beseitigung als nicht erfolgt hinzustellen sucht. Man könnte zweckmässig erst dann von Schaden reden, wenn festgestellt wäre, dass die Naturalrestitution ausgeschlossen sei; jedenfalls wäre der Schaden bis dahin nur bedingt vorhanden. Indessen bildet das keinen durchschlagenden Grund gegen die Wahl der ersten Auffassung. Wenn nun vom logischen Standpunkt beide Auffassungen als gleichberechtigt erscheinen, dann muss man derjenigen den Vorzug geben, welche praktisch den grösseren Wert hat. Von diesem Standpunkt aber, glaube ich, rechtfertigt sich lediglich die zweite Auffassung. Der Begriff ist hier viel einfacher und klarer; der Schaden ist sofort mit dem Eintritt der Folgen des schädigenden Ereignisses gegeben. Es braucht nicht erst der Schritt vom Konkreten ins Abstrakte gethan zu werden. Die Wertung wird ganz aus dem Begriff gelöst. Die Differenztheorie würde, konsequent durchgeführt, verlangen, dass bei Feststellung des Schadens jedesmal der Zustand des ganzen Vermögens nach dem Eintritt des schädigenden

Ereignisses und in gleicher Weise der Zustand, wie er sich ohne dasselbe gestaltet hätte, festgestellt wird; solange dies nicht geschieht, würde die Annahme des Schadens eine vage Vermutung bleiben. Die Durchführung würde aber bei kleinem Schaden unpraktisch sein und ganz wertlose Mühe machen. Bedenken erregt auch m. E., dass es bei der Feststellung der beiden Vermögensbeträge an einer konkreten Grundlage fehlt. Der Zustand des Vermögens nach dem schädigenden Ereignis entspricht allerdings bei oberflächlicher Betrachtung der Wirklichkeit. Aber das ist nur Schein. Von dem Zeitpunkt, wo das schädigende Ereignis, welches häufig einen grösseren Zeitraum in Anspruch nimmt, zu wirken beginnt, bis zu seiner Vollendung pflegen bei der Mannigfaltigkeit der Einwirkungen aus andren mit dem Ereignis in keinem Zusammenhang stehenden Gründen Veränderungen im Vermögensbestand einzutreten, und diese müssen ausgeschieden werden. Hier müsste man sich mit einer subjektiven Beurteilung bei der Trennung begnügen, denn die Wirkungen greifen derart in einander über, dass eine objektive Trennung über die Grenzen menschlicher Erkenntnis hinausführt. Selbst wenn das Ereignis nur einen Moment dauert, kann doch gleichzeitig ein andres gleichfalls einwirkendes Ereignis eintreten. Der Betrag des Vermögens nach Eintritt des Ereignisses ist also in den weitaus meisten Fällen für die Herstellung der Differenz eine gedachte Grösse — also völlig abstrakt. Dass der Betrag des Vermögens, wie er sich ohne das schädigende Ereignis gestaltet hätte, eine gedachte, abstrakte Grösse ist, liegt schon an sich auf der Hand. Da nun die Folgen des Ereignisses nicht gleichzeitig eintreten, so bereitet auch die Wahl des Zeitpunktes grosse Schwierigkeit. Der Moment, wo die letzte Folge in die Erscheinung tritt, kann nicht gewählt werden, weil ihr Eintritt wegen der Ungewissheit nicht immer vorhergesehen werden kann und der Geschädigte bez. des Er-

satzes viel zu lange warten müsste; ein früherer aber auch nicht, eben weil die späteren Folgen noch Veränderungen schaffen. Mehrere Zeitpunkte wählen, zerstört die Einheitlichkeit der Vergleichung und damit die ganze Vergleichung überhaupt. Man müsste zunächst einmal eine Vergleichung vornehmen; diese würde sich dann bei Eintritt einer neuen Folge als fehlerhaft herausstellen und durch eine wiederholte Vergleichung zu beseitigen sein; dabei wären Vorteile und Nachteile jedesmal in Wertgrössen umzusetzen; ja, da es sich im Resultat um eine Wertgrösse handelt, wäre zu beachten, dass bei Verschiedenheit der Zeit doch die Wertung nach einheitlicher Anschauung durchgeführt werden müsste, welchen Zeitpunkt soll man für die Anschauung wählen? Die Anschauungen über das, was als Schaden zu betrachten ist und über Bedeutung der die Wertung beeinflussenden Umstände unterliegen eben dem Wechsel. Die Wahl ist ja von um so grösserer Bedeutung, als nicht das jeweilige Resultat der einzelnen Folgen, sondern immer das ganze Vermögen, wie es sich in der gedachten Gestalt mit seinen sämtlichen Bestandteilen darstellt, (doppelt) gewertet werden muss. Bei der konkreten Auffassung und ihrer Durchführung fällt diese Schwierigkeit nicht völlig weg, denn die Wertung verlangt ja auch, dass ein bestimmter Zeitpunkt zu Grunde gelegt wird. Hier liegt aber die Wahl des Zeitpunkts ganz ausserhalb des Begriffs, sodass man zunächst wenigstens leicht den Schaden selbst feststellen kann. Bei der Wertung ist sodann die Schwierigkeit insofern nicht so gross, als hier unbedenklich bez. jedes einzelnen Gegenstandes, dessen Verletzung recht wohl als Inhalt eines besonderen Schadens gelten darf, je ein verschiedener Zeitpunkt gewählt werden kann.

Auch in der Durchführung auf dem Rechtsweg bietet die Differenztheorie geradezu unüberwindliche Schwierigkeiten. Wer im Klagewege auf Grund des Schadens irgendwelche Ansprüche erhebt, muss den Schaden be-

weisen; er muss also darlegen 1) den Standpunkt seines Vermögens nach Eintritt des schädigenden Ereignisses, 2) den Standpunkt, wie er sich ohne dasselbe dargestellt hätte, 3) den Eintritt des schädigenden Ereignisses, 4) den Umstand, dass gerade dasselbe die Veränderung hervorgerufen hat. Dass die einzelnen Bestandteile des Vermögens (ad 2) von dem schädigenden Ereignis getroffen sind, also den Kausalzusammenhang im Einzelnen braucht er nicht nachzuweisen: ein solches Verlangen widerspräche der logischen Konsequenz vom Standpunkt der Differenztheorie. Sobald nun aber der Gegner behauptet: diese bezw. jene Veränderung steht mit dem Ereignis nicht in Kausalzusammenhang, so leugnet er damit die (für 2 gegebene) Klagebehauptung und zwingt den Kläger, doch den Kausalzusammenhang nicht nur für den Schaden, für die Differenz, sondern mittelbar für die einzelnen nachteiligen und vorteilhaften Folgen zu beweisen. Ferner könnte, da bei der Differenztheorie die entstandenen Vorteile mit in den Schadensbegriff gehören, der Beklagte stets behaupten, es seien Vorteile entstanden, darin würde — das verlangt die Einheitlichkeit des Begriffs — eine negative Litiskontestation liegen: Kläger müsste also bei jedem Schadensprozess nicht nur die Nachteile beweisen, sondern auch das Nichtvorhandensein von Vorteilen. Ganz strikt genommen müsste sogar der gerechte Richter jedesmal, wenn ihm nur der Gedanke käme, dass ein Schaden entstanden sein könne, eine nähere Untersuchung diesbezüglich vornehmen und den Beweis des Nichtvorhandenseins von Vorteilen vom Kläger verlangen, und dieser Beweis wird ja um so schwieriger, als Kläger dabei von keiner Vermutung für das Nichtvorhandensein von Vorteilen, was nach der praktischen Erfahrung keineswegs so überwiegend der Fall ist, dass man es präsumieren könnte, unterstützt wird. Alle diese Schwierigkeiten treten bei dem Begriff der zweiten Auffassung nicht auf. (Vergl. S. 50.)

Die in der Litteratur vertretene Formulierung: „Vermögensschaden ist die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person vor Eintritt eines schädigenden Ereignisses und dem Betrage, auf den es durch dasselbe gebracht ist", ist ungenau. Das zeigt sich in den Fällen, wo das schädigende Ereignis von längerer Dauer ist. Bei der Formulierung wird nämlich übersehen, dass das Vermögen keine unveränderliche Masse ist, sondern während der Zeit vom Beginn bis zur Vollendung des schädigenden Ereignisses Nutzungen abwirft. Soweit diese mitbetroffen werden, fallen sie unzweifelhaft unter den Schaden; sie würden aber bei jener Begriffsformulierung notwendig ausgeschlossen sein; z. B.: Das Vermögen beläuft sich vor Eintritt des schädigenden Ereignisses auf 1000, nach Vollendung desselben beträgt es 800, ohne das Ereignis würde es auf 1500 angewachsen sein. Nach obiger Formulierung würde der Schaden 200 betragen, während er sich nach der richtigen Formulierung auf 700 beläuft. — Die Differenz ist reine Wertgrösse, man kann sie keineswegs als die unmittelbare Differenz zweier konkreter Vermögensmassen hinstellen. Das folgt, von andren minder wichtigen Gründen abgesehen, vor allen Dingen aus dem Umstand, dass die Glieder bei der Vergleichung, die Beträge des Vermögens in seiner verschiedenen Gestaltung keine realen, sondern gedachte Grössen sind und ihre Einheitlichkeit, also im Grunde sie selbst, erst durch verschiedene Additionen und Subtraktionen erreicht wird.

Ausser jenen beiden Grundauffassungen wäre schliesslich noch eine dritte Auffassung möglich, die etwa in der Mitte zwischen jenen stände. Man könnte nämlich den Vermögenschaden auch als den durch das schädigende Ereignis eingebüssten Vermögenswert definieren. Der so gewonnene Begriff stände der zweiten Auffassung insofern sehr nahe, als auch er die Vermögensvergleichung vermeidet. Indessen verdient jene den Vorzug. Einmal

müsste auch hier die Naturalrestitution vom Begriff getrennt werden, sodann stellt sich der Schadenbegriff hier jener konkreten Auffassung gegenüber als das Sekundäre dar, denn man kann von jenem Schaden sofort zu diesem gelangen, indem man den konkreten Abbruch schätzt und in eine Wertgrösse umwandelt. — Alle Gründe sprechen somit dafür, den Schadensbegriff der zweiten Auffassung zu Grunde zu legen: Vermögensschaden ist die konkrete Einbusse, die das Rechtssubjekt an seinem Vermögen in Gestalt des Verlustes oder der Beschädigung einzelner Vermögensbestandteile erleidet.

Kehren wir jetzt auf das Gebiet des positiven Rechts zurück, so ist nunmehr zu untersuchen, welche Stellung das Recht in seinen verschiedenen Perioden zum Schadensbegriff genommen hat. Schon der Umstand, dass die zweite Auffassung einen einfacheren Begriff liefert, lässt erwarten, dass sie die des positiven Rechts ist. Das bestätigt denn auch durchgehends die Rechtsentwickelung.

In der ältesten Zeit des römischen Rechts ist der Begriff des Schadens naturgemäss noch nicht zu klarer Entwickelung gekommen. Das Recht stand noch auf dem Standpunkt, dass jede Schädigung, sei es an Körper oder Vermögen, zugleich eine persönliche Beleidigung enthalte, die eine Sühne heische. Schadensersatz und Strafe sind hier unzertrennbare Begriffe. Bei dem Übergangstadium wirkte die ältere Auffassung noch viel zu sehr, als dass Raum für eine nähere Untersuchung des Schadens selbst geblieben wäre. Klar und deutlich lässt aber die Entwickelung die Hinneigung zu der konkreten Auffassung erkennen. Die Schadenssätze der XII Tafeln und ebenso der lex Aquilia knüpfen den Ersatz bezw. die Strafe an die schädigende Handlung, z. B. rupsit, usserit, fregerit u a., alles Handlungen, die niemals das Vermögen, sondern stets einzelne, hier sogar noch rein körperliche Gegenstände treffen; das bestätigen

auch die beigefügten Objekte, z. B. membrum, servus, pecus, res u. a. Dabei ist es ganz gleichgültig, wie man cap. 3 der lex Aquilia (speziell den Genetiv ceterarum rerum) konstruiert und das damnum darin auffasst; jedenfalls wird die feine scharfsinnige Auslegung der lex und insbesondere des damnum, die Pernice (Sachbeschädigung) vertritt, für jene unentwickelte Zeit schwerlich zutreffen. Auch in der späteren Zeit ist die Auffassung beibehalten. Damnum, der häufigste Ausdruck für Nachteil, im wesentlichen wohl unser Schaden, knüpft sich regelmässig an die konkrete Einbusse. Dafür bieten die Digesten fast auf jeder Seite Beispiele, vergl. ganz besonders D liber 9. Der verlorene Gegenstand wird sodann gewertet und zwar wird dabei der Betrag, um den andre Vermögensgegenstände grade durch den Verlust mittelbar, durch die schädigende Thatsache unmittelbar an Wert gemindert sind, dem Wert des vernichteten Gegenstands hinzugerechnet, vergl. z. B. l. 22, 23, D. 9, 2, § 9 u. 10, J. 4, 3; l. 11, D. 10, 4 und viele andre[1]. Das Wort damnum wird, wenn wir von seltener vorkommenden Bedeutungen, z. B. Strafe u. a. absehen, in dreifachem Sinne gebraucht: einmal bedeutet es unser allgemeines „Schaden", sodann Schaden als Anstoss zur Ersatzpflicht und schliesslich den Schadensinhalt selbst. Wenn damnum hier überwiegend — denn dass es einzelne Male so vorkommt, beweist nichts — als Wertgrösse gedacht wäre, so würde es unverständlich sein, von einer aestimatio damni (l. 5, § 1, D. 9, 2) zu sprechen. Jedenfalls müsste man zugeben, dass die Römer auch schon den noch nicht gewerteten Abbruch — und das ist grade, was bei der konkreten Auffassung als Schaden bezeichnet wird — damnum genannt haben und darin liegt ein Widerspruch zur Differenztheorie. Ferner müsste id quod

[1] Vergl. Voigt, Das ius naturale, aequum et bonum B. III 1875 Seite 429 ff., bes. 431.

interest dasselbe wie damnum bezeichnen, während es thatsächlich überall den Wertbetrag des Schadens, nicht den Schaden selbst darstellt und als das Resultat einer mit dem damnum vollzogenen Operation erscheint. Weil das römische Recht bei der condemnatio nur Verurteilung in Geld kannte, nahm der Begriff des Schadens hier noch die Möglichkeit der Wertung in sich auf, sodass Schaden im römischen Recht, damnum, die in Geldwert umsetzbare nachteilige Einbusse von Rechtsgütern bezeichnet. Nirgends finden wir aber in den Quellen, dass bei damnum von einer Vermögensvergleichung und daraus folgender Differenz die Rede ist. Einzelne Stellen z. B. l. 11 pr. D. 4, 4; l. 15 § 7, D. 43, 24 u. a. sprechen allerdings bei der Ersatzpflicht aus, der Beschädigte solle so gestellt werden, als wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre; darin ist aber nur das anzustrebende Ziel der Ausgleichungspflicht ausgedrückt. An manchen Stellen ist dieses Ziel als Inhalt einer Klage angegeben, für welche früher (z. T. auch noch neben der Klage) die wie eine Naturalrestitution wirkende restitutio in integrum bestand. Wenn sich im römischen Recht später die Auffassung des Schadens als Vermögensdifferenz wirklich durchgebrochen hätte, so bleibt es unerklärlich, weshalb nicht auch kulpose Vermögensschädigung zum Ersatz verpflichtete. Bei der Differenztheorie ist der Umstand, dass das schädigende Ereignis einen konkreten Vermögensbestandteil betrifft, völlig gleichgültig, weil ja doch die einzelnen Teile in der Differenz garnicht in Betracht kommen. Und selbst, wenn man dies alles nicht anerkennen will, so wird man doch dann unter allen Umständen das Eine zugeben müssen, dass die römischen Juristen der späteren Zeit keine einheitliche Auffassung vom damnum gehabt haben. Eine strikte Durchführung der Differenztheorie würde m. E. schon die römischen Juristen bei ihrer oft haarspalterischen Schlussfolgerung zu den oben entwickelten Schwierigkeiten gebracht haben. In der Wendung lucrum cum damno compensare bedeutet

damnum den bereits gewerteten Schaden, da bei der compensatio nur gleichartige Gegenstände, das können jedoch hier lediglich Geldbeträge sein, in Frage kommen.

Im deutschen Recht ist die Entwickelung eine ganz ähnliche. In der ältesten Zeit ist der Begriff der Strafe von dem des Schadensersatzes[1] auch hier nicht getrennt, sodass der Begriff des Schadens nicht klar hervortritt. Die Zulässigkeit der Naturalrestitution[2] und vor allem die sorgfältige Aufzählung der verletzten Güter und ihrer Wertungen lässt aber die Auffassung des Schadens als konkrete Einbusse vermuten. Das hat um so grössere Wahrscheinlichkeit für sich, als hier ebenso wie im älteren römischen Recht der Schaden lediglich in Verletzung oder Entziehung von körperlichen Gegenständen zur Erscheinung gelangt[3]. Der Standpunkt ist in den mittelalterlichen Quellen derselbe geblieben, wenn sich auch der Schadensbegriff inzwischen zu grösserer Klarheit entwickelt hat. Auch hier kann man beachten, dass in unsren Quellen die damna corpori data, wozu auch Tötung und Körperverletzung gehören, unter den Thatbeständen, die eine Schadensersatzverbindlichkeit erzeugen, bei weitem am meisten erwähnt werden. Überall knüpft sich der Schaden an bestimmte Objekte, vergl. Sachsenspiegel II 27 § 4; Lübisches Recht IV 3, 1 u. a.[4] Körperverletzung und Vermögensschaden werden nicht getrennt,

[1] Dass die germanischen Quellen den Ausdruck „Schadensersatz“ nicht kennen, vergl. Degenkolb a. a. O. S. 17, ist diesbezüglich unerheblich.

[2] Ob es sich um wirkliche Naturalrestitution oder Hingabe eines gleichen Stückes handelt, macht keinen Unterschied, denn die letztere ist doch keine dem Geldersatz gleichstehende Vergütung, sondern Deckung der Lücke durch einen andern dem verlorenen möglichst gleichen Gegenstand.

[3] Vergl. A. B. Schmidt „Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten“, Untersuchungen zur deutsch. Staats- u. Rechtsgesch., v. Gierke herausgeg. H. XVIII.

[4] Vergl. Hamer „Schadensersatz des Sachsenspiegels“ in Gierkes Untersuchungen H. 19 (siehe n. 3 oben).

von einer Feststellung des Schadens durch Vermögensvergleichung ist nirgends eine Spur zu finden.

Aus dem Sprachgebrauch kann man für den Begriff Schaden wenig entnehmen, denn das Wort Schaden wird in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht. Darunter findet sich auch, vielleicht sogar als die überwiegende, die des Resultats einer Vergleichung, indem Schaden zum Worte Nutzen im Gegensatz steht: Es wird das Vermögen in zwei Zeitpunkten verglichen; liegt eine Verminderung vor, so ist Schaden erlitten; ist aber die Verminderung, gleichgültig wie, ausgeglichen, so liegt kein Schaden vor, z. B. X wirft ein teures Fenster der Kirche Y ein; Z der fürchtet, dass X zahlungsunfähig ist, lässt der Y, in Schenkungsabsicht zu Gunsten der Y, das Fenster herstellen: hier hat Y keinen Schaden. Man könnte einwenden, dass Y vor dem Ersatz doch Schaden hatte und nur der Zeitpunkt falsch gewählt sei. Gut, nehmen wir einen früheren Zeitpunkt; wie dann aber bei zahlreichen nach einander eintretenden Folgen? Der Sprachgebrauch zieht die Vergleichung ohne Rücksicht auf die einzelnen Vorgänge; ob die den Nachteil aufhebenden Thatsachen mit dem beschädigenden Ereignis im Zusammenhang stehen oder nicht, lässt er ganz ausser Betracht. Man kann diesen Begriff im Gesellschaftsrecht wie überhaupt bei umfassenden Unternehmungen wohl in wirtschaftlicher Richtung verwerten, indem hier zu bestimmten Zeitpunkten die Bilanz gezogen wird und je nach dem günstigen oder ungünstigen Verlauf Gewinn oder Schaden gemacht ist. Juristisch ist aber mit diesem Begriff speziell in der Schadensersatzlehre garnichts anzufangen.[1]

In der gemeinrechtlichen Litteratur stimmen die allgemeinen Schadensdefinitionen im grossen und ganzen mit einander überein. Sie stehen auch, wie bereits

[1] Mit Recht hat BGB (für diesen Begriff) im Gesellschaftsrecht stets „Gewinn und Verlust“ statt „Gewinn und Schaden“ gesetzt.

erwähnt, mit der hier gegebenen durchaus im Einklang. Ob und inwieweit das auch von der Durchführung des Schadensbegriffs im Einzelnen gesagt werden kann, ist eine schwer erschöpfend zu beantwortende Frage. Denn die Entwickelung und Durchführung im Einzelnen ist eine derartig dürftige, dass man bei den meisten Schriftstellern überhaupt nicht ersehen kann, welche Stellung sie zu den oben dargelegten Auffassungsmöglichkeiten haben. Durchweg steht es so bei den älteren Schriftstellern wie Schoemann[1], Hänel[1], Koch[1], v. Wening-Ingenheim[1] (der allerdings zur Differenztheorie zu neigen scheint), Holzschuher[2], Puchta[2], Sintenis[2], und v. Waechter[2]. Bei vielen ist der Begriff des Schadens auf Kosten des Begriffs des Interesse ganz vernachlässigt. So ist es mir z. B. bei Mommsen[3] trotz eifrigen Nachforschens nicht gelungen, eine bestimmte Antwort für die einzelnen Begriffsfragen bez. des Schadens zu finden; alles konzentriert sich auf den Begriff und die Entwickelung des Interesse — ähnlich bei Arndts[3]. Man kann übrigens bei denjenigen, welche überhaupt auf die compensatio lucri cum damno eingehen, einen Rückschluss auf ihre Auffassung bez. des Schadensbegriffs machen; denn die, welche die durch die schädigende Handlung entstandenen Vorteile in den Schadensbegriff hineinziehen, haben eben thatsächlich die Auffassung, dass Schaden das Resultat einer Vergleichung, die nachteilige Differenz ist. Darnach sind als Vertreter der Differenztheorie zu nennen:

---

[1] Schoemann, Lehre vom Schadensersatz 1806, Hänel, Lehre vom Schadensersatz 1823, Koch, das Recht der Forderungen 1836, von Wening-Ingenheim Lehre vom Schadensersatz 1841.

[2] von Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Rechts 1863, Puchta, Pandekten 12. Aufl. 1877, Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht 3. Aufl. 1868, von Waechter, Pandekten 1880.

[3] Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht B. II 1855, Arndts Pandekten, 18. Aufl. 1883, § 206 (S. 375).

Windscheid[1], v. Vangerow[1], Brinz[1], Hasenöhrl[1], v. Liszt[1], Voigt[1], Degenkolb[1] und Eichhoff[1]. Dagegen stehen auf dem hier vertretenen Standpunkt v. Keller[2], Heusler[2], Gimmerthal[2], wohl auch Nussbaumer[2], Wendt[2], Baron[2] und Dernburg[2] (beachte bei diesem allerdings die sowohl in den Pandekten wie im Preussischen Privatrecht vorkommende Formulierung „ergiebt erst das Gesamtergebnis ob ein Schaden vorhanden ist" Pand. II S. 127, Pr. Privatrecht II S. 187, noch mehr neigt zur Differenz die Darstellung im Privatrecht I S. 127). Cohnfeldt[3] verwirft die Differenzauffassung, sieht aber doch im Schaden begrifflich eine reine Wertgrösse. Es muss zugegeben werden, dass die hier gegebene Gruppierung vielleicht im Einzelnen zu beanstanden ist. Die Durchführung ist indessen auch bei den genannten Schriftstellern meistens so unklar, teilweise auch widerspruchsvoll gehalten, dass eine sichere Entscheidung bei vielen ausserordentlich grosse Schwierigkeit macht.

In der Praxis scheint bis zur Herausgabe des Mommsen'schen Werkes die konkrete Auffassung vorherrschend gewesen zu sein, wenn die damalige Praxis

---

[1] Windscheid Pandekten, 7. Aufl. 1891 II, S. 32 (ebenso die 8. Aufl., herausgeg. v. Kipp 1899); v. Vangerow Pandekten, 7. Aufl. 1867, B. III, § 571, Anm. 1; Brinz Pandekten, 2. Aufl. 1873 II, S. 281; Hasenöhrl, d. österreichische Obligationenrecht 1878, S. 253 f.; v. Liszt, Deliktsobligationen d. BGB, S. 62; Voigt, a. a. O. § 69f; Degenkolb, a. a. O. gelegentlich; Eichhoff, compensatio lucri cum damno, Dissert. 1898, S. 16.

[2] v. Keller, Pandekten 2. Aufl. 1867, § 247 f.; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts 1885, S. 262; Gimmerthal, Lehre vom Interesse 1876, S. 9; Nussbaumer, Über das Mass des Schadensersatzes 1855, S. 3 f.; Wendt, Pandekten 1888, S. 469; Baron, Pandekten 6. Aufl. 1887, S. 119, 412; Dernburg, Pandekten 5. Aufl. 1896 II, § 44 f. (ebenso die 6. Aufl. 1900) u. Preussisches Privatrecht II, 4. Aufl. 1888, § 74 ff.

[3] Cohnfeldt, die Lehre vom Interesse 1865, gelegentlich vergl. z. B. S. 3 f.

sich des Unterschieds überhaupt bewusst gewesen ist; vergl. das Erkenntnis des Darmstädter Oberappellationsgerichts in Seufferts Archiv, B. VIII, S. 359. Dann aber wird die Auffassung der Differenz, und zwar im Gegensatz zur Theorie in der Praxis konsequent und überall mit grosser Schärfe vertreten, vergl. Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts XVIII S. 372, XXII S. 186; d. Reichsgerichts B. 10 S. 51f, 35 S. 66, 40 S. 174, 43 S. 58; Bolze, Praxis des Reichsgerichts IX S. 118 (n. 270), XXIII S. 109 (n. 217), Seufferts Arch. B. 10 n. 257, 41 n. 172, 43 n. 269, 47 n. 14 u. 99. Hanseatische Gerichtszeitung 1889, Beilage 23, S. 136 u. a.

Was die Gesetzbücher anbetrifft, so definiert das Allg. Preuss. Landrecht I 651 den Schaden als „jede Verschlimmerung des Zustands eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, seiner Ehre oder seines Vermögens", lässt aber nicht erkennen, welchen begrifflichen Inhalt es dem Vermögensschaden giebt, d. h., ob es mit „Schaden" die Einbusse oder die Vermögensdifferenz bezeichnet. Die Audrucksweise I 6 § 91, „Ist jedoch der Schade an einer beweglichen Sache zugefügt" u. s. w., vergl. I 14 § 29, spricht gegen die Differenz. Auch daraus, dass A. L. R. überall entgangenen Gewinn dem Schaden gegenüberstellt, folgt m. E., dass der Schaden nicht das Resultat einer Vermögensvergleichung sein soll, denn diese schliesst notwendig jenen, soweit er rechtlich in Betracht kommt, in sich[1], vergl. A. L. R. I 6 § 27, 69; I 11 § 881 u. a.

Der code Napoléon und das badische Landrecht lassen den Begriff noch weniger klar hervortreten; meistenteils findet sich statt Schaden „erlittener Verlust und entgangener Gewinn". Im badischen Recht umfasst dann allerdings „Schaden" in späteren Zusätzen beides.

[1] oder doch sicher einen Teil des entgangenen Gewinns nämlich soweit derselbe inzwischen in das Vermögen gefallen wäre; vergl. S. 31, Anm. 1.

Wie A. L. R. neigt auch das österreichische Bürg. Gesetzbuch der konkreten Einbusse zu[1]. Nicht nur, dass die Definition § 1293 „Schaden heisst jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den Jemand nach dem gewöhnlichen Laüf der Dinge zu erwarten hat“ und daneben z. B. § 1040 Schaden und entgangenen Gewinn gegenüberstellen, einzelne Stellen sprechen auch hier gradezu von an Sachen verursachtem Schaden, z. B. § 1316. In § 1191 wird im Gesellschaftsrechte von der Unternehmung eines neuen Geschäfts, welches als solches Schaden und Nutzen bringen soll, gesprochen. Der Paragraph verdient hier Beachtung, wenn Schaden und Nutzen durch ein und dieselbe Handlung verursacht sind, und das ist m. E. der Fall, da die Folgen, wenn auch zunächst aus den mehreren Handlungen, zu denen das Geschäft Veranlassung giebt, so im Grunde doch schon aus der einen Handlung der Unternehmung hervorgehen. Das Beachtenswerte ist dann, dass Schaden und Nutzen nebeneinander gestellt sind und nicht gesagt ist, als Schaden sei nur anzusehen, was nach Abzug der Vorteile an Nachteilen übrig bleibt, wie es die Differenzauffassung verlangen würde; auch wird hier von Ausgleichung gesprochen, während bei der Differenz die Vorteile in den Begriff gehörten. Doch mag bez. § 1191 zugegeben werden, dass man andrer Ansicht sein kann und eventuell auch, dass die Ausdrucksweise des Gesetzes ungenau ist. Denn gerade die Redaktoren der älteren Gesetze sind sich ebensowenig wie ihre Zeitgenossen der begrifflichen Schwierigkeiten in Bezug auf den Schaden überhaupt auch nur bewusst gewesen.

Das sächsische B. G. B. hat keinen konsequenten Standpunkt bez. des Schadens; einzelne Stellen, z. B.

[1] a. A. Hasenöhrl a. a. O. S. 253 f.

§ 687 (Naturalrestitution), § 125 (Schade und entgangener Gewinn) weisen auf eine konkrete Auffassung, während bei andren, z. B. § 124 (Vermögensminderung) die abstrakte überwiegt. Das Gleiche gilt für den Dresdener Entwurf, vgl. Degenkolb a. a. O. S. 8.

Das schweizerische Obligationenrecht, vergl. § 50 f., lässt keine bestimmte Richtung erkennen.

Der Begriff des Schadens im alten Handelsgesetzbuch ist ebenfalls nicht so konsequent von einer bestimmten Auffassung beherrscht, dass man es mit Sicherheit einer der beiden Gruppen zuweisen könnte. Ausdrücke wie „Höhe des Schadens", vergl. Art. 27 u. 357 und „Berechnung des Schadens" sprechen für eine abstrakte Auffassung; ob man allerdings hiernach im Schaden das Resultat der Vermögensvergleichung oder bloss die gewertete Einbusse annehmen soll, bleibt zweifelhaft, somit auch, ob die durch das schädigende Ereignis entstandenen Vorteile in den Begriff hineinzuziehen sind. Die Wendung in Art. 395 (§ 429 des neuen H. G. B.) „Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes — entsteht", könnte gleichfalls für die Differenztheorie herangezogen werden, wenn „Verlust und Beschädigung" das Resultat des Verlierens und Beschädigens darstellen; indessen können beide Substantiva auch den Vorgang des Verlierens oder Beschädigens selbst bezeichnen. Umgekehrt spricht hier die Thatsache, dass das Gesetz den Schädiger nur für einen Teil des Schadens haften lässt, indem es diesen Teil nach konkreten Gegenständen, nicht nach Bruchteilen der Wertgrösse bestimmt, gegen die Differenz. An manchen Stellen bedeutet Schaden unmittelbar die gewertete Einbusse, z. B. 582 (581), 844 (840); wenn man hierin eine Hinneigung zu einer abstrakten Auffassung insbesondere zur Wertgrösse erblicken will, so ist doch auch aus diesen Stellen schwerlich ein Argument für die Differenztheorie und die darin enthaltene Vermögensvergleichung zu

entnehmen. Demgegenüber findet sich auch im alten H. G. B. die Gegenüberstellung von Schaden und entgangenem Gewinn. Im neuen H. G. B. ist die Lösung der Frage noch schwieriger, da hier, abgesehen von dem meist unverändert gebliebenen Seerecht, die Ausdrücke „Berechnung des Schadens“ und „Höhe des Schadens“ vermieden sind und da, wo man „höheren Schaden“ erwarten könnte, das indifferente „weiterer Schaden“ gebraucht ist. Aus dem Sinn des Gesetzes im Allgemeinen ist keine Lösung zu gewinnen.

In der Wechselordnung kommt „Schaden“ dreimal vor, Art. 45, 58 und 83. Aus 45 und 58 ist nichts zu entnehmen, in 83 könnte man eine Hinneigung zur Differenztheorie sehen, da hier Schaden unverkennbar zu Bereicherung in Gegensatz gesetzt ist und letzteres unzweifelhaft eine Wertgrösse und das Resultat einer Vergleichung darstellt. Eine bestimmte Antwort für unsre Frage lässt sich auch für die W. O. nicht geben.

Für die Civilprozessordnung ist besonders auf § 287 (260) hinzuweisen. Der Ausdrucksweise dürfte aber wohl deshalb keine entscheidende Bedeutung beizumessen sein, weil die fragliche Wendung „wie hoch sich der Schaden . . . beläuft“ sich nicht so sehr auf den Umfang des Schadens als vielmehr auf die Wertung desselben bezieht. Im Übrigen braucht auf die C. P. O. ebensowenig wie auf die Konkursordnung und die übrigen Reichsgesetze eingegangen zu werden. Es liegt bei ihnen genau so wie bei den bisher besprochenen Gesetzen. Einzelne Stellen lassen sich für diese, andre für jene Auffassung heranziehen, ohne dass eine Entscheidung in bestimmter Richtung möglich wäre. Wir können somit wohl als Resultat für alle Gesetze die Behauptung aufstellen, dass der Begriff des Schadens derartig allgemein gehalten ist, dass die begriffliche Entwickelung ihnen nicht zu entnehmen ist, sondern der Wissenschaft vorbehalten bleibt.

Und das gilt auch für unser bürgerliches Gesetzbuch.

Auch hier ist der Begriff so allgemein gehalten, dass man wohl dem Gesetz eine mit den generellen Definitionen übereinstimmende Begriffserklärung, schwerlich aber die Durchführung des Begriffs entnehmen kann. Es bleibt daher auch unter der Herrschaft des BGB. die Entwickelung des Schadensbegriffs der Rechtswissenschaft vorbehalten, die dem Gesetz gegenüber nur darauf zu achten hat, dass sie sich nicht in irgend einem Punkt in Widerspruch zu demselben setzt.

Die oben gegebene Entwickelung kann unter diesen Umständen in vollem Umfang für das geltende Recht herangezogen werden. —

Die Motive zum Entwurf eines BGB. geben für die Frage nichts her. Die Protokolle sind aus dem Grunde nicht zu verwerten, weil die Ausdrucksweise in ihnen beiden Auffassungen Stützen bietet. Einen Gegensatz könnte man z. B. in den Ausdrücken „Höhe des Schadens“ und „in Geld abschätzbarer Schaden“ einerseits und „Grösse des Schadens“ andrerseits finden.

Wie zu erwarten, knüpft die Litteratur zum BGB. an das gemeine Recht an. Eine gründliche, durchaus erschöpfende Untersuchung darüber, ob der Schaden des BGB. eine abstrakte Differenz, eine reine Wertgrösse oder unmittelbar die nachteilige Einbusse von Gütern darstellt und ob überhaupt ein einheitlicher Standpunkt eingenommen ist, fehlt noch gänzlich[1]. Immerhin sind die Untersuchungen über den Schadensbegriff in den Werken und Abhandlungen der neusten Zeit erheblich gründlicher geworden. Die Auffassung des Schadens als Differenz wird

[1] Verf. ist bei genauer Durcharbeitung der in Betracht kommenden Stellen zu der Überzeugung gekommen, dass der Ausdruck Schaden mit Absicht möglichst farblos gehalten ist; hier würde eine erschöpfende Auseinandersetzung zu weit führen, da das Wort Schaden allein in etwa 70 §§ vorkommt und das Verhältnis zu „Nachteil“, „Interesse“ und „Verlust“ genau zu erörtern wäre.

schlechtweg von Endemann[1] vertreten, ebenso auch bei Planck[2], wenn anders nicht die Formulierung S. 27 „Hat der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand selbst nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile zur Folge, so besteht der dem Beschädigten erwachsene Schaden, soweit es auf dessen Ersatz in Geldwert ankommt, nur in dem Betrage, um welchen sich seine Vermögenslage nach Abzug der durch die günstige Einwirkung des fraglichen Umstands eingetretene Verbesserung desselben verschlechtert hat", zu einem doppelten Begriff führen soll. Matthiass[3] vertritt S. 342 die Differenz, die Durchführung, speziell bei der compensatio lucri cum damno S. 348, zeigt indessen eine mehr konkrete Auffassung. Der hier vertretene Standpunkt findet sich bei Cosack[4] (Gegenüberstellung von durch ein Ereignis entstandenem Schaden und Gewinn), Schollmeyer[5] (desgl.) und ganz besonders scharf bei Dernburg[6] („Wenn aussergewöhnliche Ereignisse unsre Lebensgüter vernichten oder beschädigen, sprechen wir von Schaden, den wir erleiden".) Auch Kuhlenbeck[7] scheint hierher zu rechnen zu sein, doch zieht er mit Unrecht bei der Entwickelung S. 119 (objektiver und relativer Schade) Dinge mit in den Begriff hinein, die wohl richtiger lediglich die Wertung des an sich doch stets (in seinem Sinne) objektiven

[1] Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1899, I S. 557.

[2] Planck, Kommentar z. BGB. II S. 21 ff.

[3] Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1900, I § 76.

[4] Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, I S. 320.

[5] Schollmeyer, Kommentar zum Obligationenrecht des BGB. S. 25 ff., 39.

[6] Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens 1898/99, B. II S. 56.

[7] Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II S. 114 ff.

Schadens betreffen. Oertmann[1] beschränkt sich bez. des Schadensbegriffs darauf, eine allgemeine Definition zu geben. Zwar operiert auch er mit einer Differenz, jedoch legt er diese, wenn ich ihn recht verstehe, nicht in den Begriff des Schadens, sondern verwertet sie bei dem Inhalt der Ausgleichungspflicht; dem ist natürlich dann völlig beizustimmen.

Eine nähere Untersuchung des Schadens nach seinem Inhalt hat nur dann Zweck, nur dann innere Berechtigung, wenn man unter Schaden die Einbusse selbst versteht. Der Schaden als Resultat der Vergleichung, als reine Wertgrösse gedacht, ist seiner Beschaffenheit nach immer gleich, man könnte die einzelnen Fälle höchstens nach der Quantität scheiden. Da die einzelnen fortgerissenen Vermögensbestandteile hier gar nicht in Betracht kommen und für den Schaden keine selbständige Existenz haben, sondern lediglich als Wert in der Differenz enthalten sind, so ist hier eine Unterscheidung der Schadensfälle, welche in ihrer Verschiedenheit ihre Grundlage hat — und das gilt m. E. auch für die nach positivem Schaden und entgangenem Gewinn — ungerechtfertigt, ja gradezu unlogisch. Dagegen fordert der Schadensbegriff, der den Schaden in den fortgerissenen Vermögensbestandteilen selbst sieht, direkt zu einer Unterscheidung nach der Verschiedenartigkeit der Gegenstände heraus.

Wenn wir nun den Kreis derjenigen Güter, die vom Schaden betroffen werden können, abgrenzen wollen, liegt es nahe, von der objektiven Grundlage ausgehend, die Gegenstände ohne Rücksicht darauf, ob sie einem Rechtssubjekt zustehen, zu bestimmen. Nun wird aber der Begriff des Schadens, wie wir S. 7 ff. gesehen haben, nicht lediglich durch die objektive Grundlage bestimmt,

---

[1] Oertmann, Kommentar zum Obligationenrecht des BGB. S. 11. Vergl. Oertmann, Das Recht des Schadensersatzes im deutschen BGB. in d. Allg. Österreich. Gerichtszeitung 1898 n. 11.

vielmehr kommt noch das subjektive Moment der Empfindung hinzu und dieses Moment steht wiederum im engsten Zusammenhang mit der Zuständigkeit der Gegenstände zum Rechtssubjekt. Wollte man den Kreis von der objektiven Grundlage aus abgrenzen, so würde er, da das subjektive Element in seiner negativen Funktion einschränkend wirkt, zu gross werden. Die nahe Beziehung der Empfindung zur Zuständigkeit lässt uns für unsre Abgrenzung ein geeignetes Mittel im Vermögensbegriff sehen. Vermögen ist der Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person. Diese Definition des Vermögens ist die allgemeine im juristischen Sinne. Da jedoch die Schadensersatzpflicht in erster Linie den Zweck hat, das Rechtssubjekt in seinen wirtschaftlichen Interessen zu schützen, so ist der allgemeine Vermögensbegriff für die Schadensersatzlehre zu eng. Die wirtschaftlichen Interessen decken sich nicht mit den geldwerten Rechten, sondern gehen über sie hinaus, z. B. beim lucrum cessans. Das Recht hat aber bei Berücksichtigung dieser wirtschaftlichen Interessen die Grenze keineswegs dort gezogen, wo die Interessen mit den Rechten zusammenfallen. Deshalb muss man das Vermögen hier im weiteren Sinne und zwar im wirtschaftlichen zu Grunde legen. Die Bestandteile dieses Vermögens im wirtschaftlichen Sinne, für unsre Betrachtung die Gegenstände, an denen der Schaden eintritt, lassen sich in 3 Gruppen zerlegen: es handelt sich entweder um 1) Sachen. Sie können durch das schädigende Ereignis gänzlich vernichtet oder nur beschädigt werden. Die Schädigung kann auch in der Form vor sich gehen, dass die Sache in ihrem materiellen Bestande unberührt bleibt, wohl aber durch das schädigende Ereignis gewisse Eigenschaften und Fähigkeiten ganz oder zum Teil verliert. Auch hier muss man sagen, dass ein Abbruch vorliegt, wenn derselbe auch, wie z. B. bei der Antastung der Ehre, immateriell ist. Im Gegensatz zu dem Schaden, der in der Verletzung

der Persönlichkeit besteht, lässt dieser Abbruch unmittelbar eine Schätzung zu. Der wichtigste hierher gehörige Fall ist der, dass ein Vermögensbestandteil unbeschadet seiner Substanz durch das schädigende Ereignis an Wert einbüsst. Auch hier trifft das Ereignis doch immer einen Vermögensbestandteil, nicht das Vermögen. 2) Forderungen oder genauer alle Ansprüche, die uns etwas verschaffen sollen. Ihnen gleich stehen auch die absoluten Rechte, z. B. Patentrechte u. dergl. 3) Wirtschaftliche Anwartschaften. Ohne Zweifel sind sie dem Vermögen im wirtschaftlichen Sinne als Vermögensbestandteile hinzuzurechnen. Denn sie sind wirtschaftlich von grosser Bedeutung und haben häufig einen weit grösseren Wert, als die rechtlich gesicherten Forderungen[1]. Wenn z. B.

[1] Wenn Hasenöhrl a. a. O. I 244 sagt „Da nun das Vermögen aus einem Inbegriff von Rechten besteht so kann man jene Vorteile, die Jemand besitzt oder geniesst, ohne ein Recht darauf zu haben, zu seinem Vermögen nicht rechnen; der Verlust solcher Vorteile begründet daher keinen Schaden im rechtlichen Sinn", so schliesst er damit auch den entgangenen Gewinn vom Schaden und von der Vermögensvergleichung aus. Diese Auffassung, die auch hier den allgemeinen Vermögensbegriff zu Grunde legt, führt dazu, dass der entgangene Gewinn als besonderer Faktor dem Schaden an die Seite zu stellen ist. Denn dass das Recht auch das lucrum cessans berücksichtigt, ist eine nicht hinwegzuleugnende Thatsache. Da nun aber das Entgehen eines Gewinns nach unsrem Sprachgebrauch und nach allgemeinem Rechtsbewusstsein ohne Zweifel ebenfalls einen Schaden darstellt, kommt die Auffassung zu einem doppelten Schadensbegriff. Hinzu kommt noch eine weitere Schwierigkeit. Jene Vorteile, die, weil auf sie kein Recht besteht, nicht zum Vermögen gehören, müssten doch bei der Vergleichung für den Vermögensbestand, wie er sich schon ohne das schädigende Ereignis gestellt hätte, wenigstens zum Teil, als Rechte in Ansatz gebracht werden; denn sie wären ja inzwischen (wenigstens z. T.) erworben, und durch den Erwerb gewinnt der Beschädigte mittelbar ein Recht auf sie. Vergl. auch Degenkolb a. a. O. S. 53 f. Bemerkt mag noch werden, dass die Hasenöhrlsche Auffassung, die übrigens auch sonst vertreten ist, ganz besonders was den Schaden im rechtlichen Sinne anbetrifft, für unser BGB gegenüber § 252 nicht haltbar ist.

A in X von B, einem durchaus reellen und sicheren Geschäftshause in Y, Waren für 20000 ℳ kauft, die er in X mit 4000 ℳ Gewinn zu jeder Zeit wieder verkaufen kann, so kann man diese 4000 ℳ, bevor der abgeschlossene Kauf nur zum allergeringsten Teil zur Ausführung gelangt ist und bevor die Waren weiter verkauft sind, als Vermögensbestandteil ansehen. Der Kaufmann wird mit den 4000 ℳ rechnen und in ihrer Höhe Kredit finden, und diese 4000 ℳ sind, obwohl auf sie noch kein Anspruch besteht, vielmehr wert als andre 100000 ℳ, bez. deren er ein Forderungsrecht gegen C hat, der bereits den Offenbarungseid leistete. Der erwartete Gewinn hat in allen Fällen Berücksichtigung zu finden, wo mit ihm wirtschaftlich gerechnet werden kann und es auch nach der Erfahrung zu geschehen pflegt. Das ist auch der Sinn der in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen.

Die herrschende Ansicht unterscheidet die Schadensfälle in damnum emergens und lucrum cessans. Wenn man den Verlust bezw. die Beschädigung der oben aufgezählten Vermögensbestandteile unter diese beiden Gruppen verteilen will, so gehört die Einbusse der unter 1) genannten Güter ebenso unzweifelhaft zum damnum emergens wie die der sub 3) zum lucrum cessans. Die Forderungen und die übrigen unter 2) genannten Bestandteile nehmen eine Mittelstellung ein. Sie kommen nämlich in doppelter Hinsicht in Betracht. Einmal sollen sie uns eine Leistung verschaffen. Der Gegenstand dieser Leistung steht vom wirtschaftlichen Standpunkt selbst noch ganz ausserhalb des Vermögens, unterliegt aber bereits einer wirtschaftlichen Anwartschaft. Dass ich ein Recht auf die Leistung habe und deshalb mir dieselbe erzwingen kann, ist von diesem Gesichtspunkt aus ganz gleichgültig. Der Rechtsweg giebt trotz des von ihm gewährten Zwangs doch eine so zweifelhafte Sicherheit, dass die zu erwartenden Gegenstände notwendig zu Gruppe 3) gerechnet werden müssen, ihr Verlust, richtiger ihr Nichterwerb nur als

lucrum cessans angesehen werden kann. Grade wegen der Möglichkeit des Rechtswegs hat aber die Forderung selbst einen Wert, der mit dem Wert des vom Obligationsnexus erfassten Gegenstands keineswegs identisch ist. Ich kann die Forderung verkaufen und mir für sie andre Sachen und Geld verschaffen. Von diesem Gesichtspunkt aus sind die Forderungen den Sachen sub 1 gleichzustellen, und ist ihr Verlust damnum emergens.

Bisweilen sprechen wir direkt von einem Schaden, z. B. von 3000 ℳ, ohne dass überhaupt ein Gegenstand zu entdecken wäre. Trotzdem handelt es sich auch hier um bereits gewerteten Schaden. Mag auch in Wirklichkeit ein andrer Gegenstand als Geld fehlen, so müssen doch jedenfalls dann die Geldstücke als Gegenstand des Schadens angesehen werden. Da in unsrem Verkehrsleben das zu Geld geformte Metall das Mittel zur Wertung andrer Gegenstände liefert, sodass z. B. die Bezeichnung 10 ℳ einmal das konkrete Geldstück und selbst auch mehrere konkrete Geldstücke, gleichzeitig aber auch einen Wert von 10 ℳ umfasst, so ist bei Geld häufig garnicht einmal zu erkennen, ob es sich um Geld oder bloss um Geldeswert handelt. Der Geldwert kann aber nie ohne jegliche Beziehung zu bestimmten Gegenständen den Inhalt des Schadens bilden, da er ja das Resultat einer Gedankenoperation mit einem konkreten Gegenstand darstellt.

Wenn die Rechtsordnung nicht vorhanden wäre, so würde der Schaden von dem zu tragen sein, der ihn zunächst erlitten hat, und es würde dann ebenso wie in dem Fall, dass die Rechtsordnung es hierbei beliesse, ganz zwecklos sein, den Schaden irgend welcher Untersuchung zu unterziehen. Die Rechtsordnung hat indessen in einzelnen Fällen die Last des Schadens dem, den sie zuerst trifft, abgenommen und auf andre gewälzt, und zwar knüpft sie hierbei entweder an den Thatbestand des Vertrags, indem irgend jemand sich verpflichtet, einem andern die Last des Schadens abzunehmen, oder an ein

bestimmtes Verhalten eines Rechtssubjekts. Was für ein Verhalten dazu erforderlich ist, das ist eine Frage, deren Beantwortung je nach den Zeitverhältnissen und den nationalen und ökonomischen Verhältnissen verschieden ausfällt. Die Frage steht jedoch mit der compensatio lucri cum damno nur mittelbar im Zusammenhang und bedarf hier keiner weiteren Erörterung.

In der Rechtssprache sagt man von dem, auf den die Rechtsordnung wegen eines Verhaltens den Schaden abwälzt, dass er „zum Schadensersatz verpflichtet" sei. Dieser Ausdruck, der Inhalt dieser Verpflichtung ist für die compensatio lucri cum damno von höchster Wichtigkeit und muss daher hier näher untersucht werden. „Zum Schadensersatz verpflichtet sein" kann heissen: rechtlich gebunden sein, den Schaden, den ein andrer erlitten hat, zu beseitigen, und, falls dies nicht möglich ist, dem andern durch Leistung des Wertes der verlorenen Rechtsgüter in Geld Ersatz zu verschaffen. Es kann indessen auch bedeuten, dass der Verpflichtete gehalten sein soll, die Folgen seines Verhaltens zu beseitigen, d. h. für dieselben einzustehen. Wenn auch der Wortlaut der meisten aufgezeichneten Rechte für die erste Auffassung spricht, so haben doch thatsächlich alle bisherigen Rechte und auch das geltende die zweite Auffassung, und diese ist auch vom logischen Standpunkt allein die richtige. Bei der ersten Auffassung würde sich das Verhältnis folgendermassen entwickeln: Es entsteht eine nachteilige Veränderung und zwar infolge eines solchen Verhaltens eines andern, bei welchem das Recht die Schadensverbindlichkeit eintreten lässt. Steht die Existenz des Schadens fest, steht ferner der Kausalzusammenhang zwischen der nachteiligen Veränderung überhaupt und dem Verhalten fest, dann muss der Verpflichtete den Schaden ersetzen. Gleichgültig ist dabei, ob die gesamte Einbusse im Einzelnen eine Folge des Verhaltens gewesen ist, denn die Auffassung giebt keine Beziehung des Umfangs des zu be-

seitigenden bez. zu ersetzenden Schadens zu seiner Entstehung selbst: Die Ersatzpflicht knüpft sich an das Verhalten und seine Folgen, der Inhalt der Ersatzpflicht indessen nicht an die Folgen, sondern an den Schaden. Man kann zur Klarstellung am besten den Verfall der Konventionalstrafe heranziehen: wenn eine bestimmte Eventualität (ein Thun, Nichtthun, nicht rechtzeitiges Thun u. dgl.) eintritt, verfällt die Strafe. Die verschiedenen Momente, welche die Eventualität enthalten, rufen bestimmte Folgen hervor. Wenn nun auch die Konventionalstrafe grade die Wirksamkeit dieser Folgen verhüten und aufheben soll, so deckt sich doch die Strafe keineswegs notwendig mit dem Inhalt der Folgen, wie es nahe liegt, vielmehr stehen Strafe und Folgeninhalt in keinem inneren Zusammenhang. Die Folgen waren, insofern sie vorauszusehen waren, lediglich Motiv für die Höhe der Strafe. So liegt es auch hier. Theoretisch giebt die Auffassung nicht einmal her, dass der Schaden überhaupt eine Folge des Verhaltens ist. Mag man darin nun vielleicht eine unzweckmässige Spitzfindigkeit sehen, so hat dieselbe doch ausserordentlich wichtige praktische Konsequenzen. Die Folgen des schädigenden Ereignisses als solche finden hier überhaupt keine Berücksichtigung. Es kommt nur der Schaden in Betracht. Im Verhältnis zu den Folgen stellt aber der Schaden an sich nur einen Teil derselben dar; er umfasst nur die für den andern nachteiligen Folgen. Die vorteilhaften Folgen werden hier von der Schadensbeseitigung bezw. dem Ersatz völlig ausgeschlossen: für eine compensatio lucri cum damno ist hier kein Raum! —

Die zweite, allein richtige Auffassung berücksichtigt schärfer, dass die Rechtsordnung die Schadensersatzpflicht direkt an das Verhalten des Verpflichteten anknüpft. Wenn ich bestimmte Handlungen vornehme oder, obwohl ich dazu verpflichtet bin, nicht vornehme, sodass hierdurch in der Rechtslage eines andern eine für ihn nach-

teilige Veränderung, ein Schaden, entsteht, dann soll ich für die Folgen meines Verhaltens aufkommen. Diese Folgen können teils nachteilige, teils vorteilhafte sein. Jene decken sich mit dem Schaden, wie es hier die Entwickelung unmittelbar ergiebt. Wenn nun auch grade die schädigenden Folgen es sind, um derentwillen die Rechtsordnung die Verpflichtung eintreten lässt, so schliesst sich diese doch unmittelbar an die Handlung bezw. das Verhalten und die daraus entspringenden Folgen an. Deshalb erscheinen die gesamten Folgen als etwas Einheitliches, Zusammengehöriges, und man muss die sämtlichen Folgen berücksichtigen, wenn man jemand für die Handlung einstehen lassen will. Wollte man dem Verpflichteten nur die Last der nachteiligen Folgen aufbürden, ohne ihm das Recht zu gewähren, die vorteilhaften sich zu Nutze zu machen, so würde das nicht nur im höchsten Grade unbillig sein, sondern die Trennung würde auch jeder logischen Folgerichtigkeit widersprechen. Die Beseitigung der schädlichen Folgen geschieht in erster Linie in der Art, dass der Verpflichtete naturaliter den Zustand herstellt, der bestehen würde, wenn dass schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre; er macht die schädlichen und auch die nützlichen Folgen rückgängig. Häufig werden die Vorteile so mit den Nachteilen verbunden sein, dass die Beseitigung der Nachteile schon selbst die Vorteile beseitigt. Wenn nun die Naturalrestitution nicht möglich ist und es deshalb zur Ausgleichung in Geld kommt, müssen die Nachteile und Vorteile gewertet werden, und es treten dann zwei wechselseitig zu fordernde Geldbeträge einander gegenüber, die nicht erst beiderseits ausgezahlt zu werden brauchen, sondern bei ihrer Gleichartigkeit gegen einander aufgerechnet werden können, so dass nur der Rest ausgezahlt werden muss: Die gegenseitige Leistung der durch die Wertung aus ein und demselben zum Schadensersatz verpflichtenden Verhalten

erwachsener Vorteile und Nachteile gewonnenen Geldbeträge geschieht zunächst durch Aufrechnung; sie ist die compensatio lucri cum damno. Wenn man in der Schadensverbindlichkeit die Pflicht für die Folgen eines bestimmten Verhaltens einzustehen sieht, — und das ist unzweifelhaft das Richtige — dann rechtfertigt sich die compensatio lucri cum damno. Weder der Begriff des Schadens noch die Beseitigung des Schadens an sich geben Raum für die compensatio lucri cum damno, nur aus der Ausgleichungspflicht des Schädigers bezüglich der verursachten Folgen kann und muss sie hergeleitet werden.

Diese Entwickelung zeigt, dass keine so himmelweite Kluft zwischen der compensatio lucri cum damno und der allgemeinen compensatio vorliegt, wie es die herrschende Ansicht durchweg betont hat. Aus der Schadensersatzpflicht, der Ausgleichungspflicht ergiebt sich auch für den Verpflichteten ein Anspruch, nur dass dieser Anspruch nicht selbständig, sondern nur in der Ausgleichung selbst geltend gemacht werden kann. Im Verhältnis zu einander sind die Ansprüche wegen der Nachteile und die wegen der Vorteile völlig selbständig; das zeigt sich besonders dann, wenn die Ansprüche nicht auf Geld gehen. Wenn die Ansprüche auf Gleichartiges, auf Geld gerichtet sind, so treten sie einander gegenüber, und es findet ebenso Kompensation statt, wie es sonst bei gegenüber stehenden Forderungen geschieht. Dass auf diese compensatio im Einzelnen nicht die Sätze der gewöhnlichen compensatio anzuwenden sind, ist an sich klar, denn die letztere compensatio hat ihre innere Ausgestaltung nicht lediglich aus sich selbst heraus, sondern vom positiven Recht erhalten, und beide Institute haben eine gesonderte rechtliche Entwickelung durchgemacht. Aber eine prinzipielle begriffliche Verschiedenheit liegt zwischen ihnen nicht vor. Der Ausdruck compensatio lucri cum damno ist richtig auf den Fall zu beschränken, wo die Ausgleichung

durch Geldersatz erfolgt. Bei der Naturalrestitution müssen die Vorteile unmittelbar durch die Schadensbeseitigung oder durch Rückgabe beseitigt werden; aber von einer Aufrechnung kann hier nicht die Rede sein, und eine solche bezeichnet doch immer das Wort compensatio.

Es ist sehr wohl möglich, dass unter bestimmten Umständen die Herausgabe bezw. Aufrechnung der Vorteile zur grössten Unbilligkeit führt. Warum sollte in solchen Fällen das Recht dem zum Schadensersatz Verpflichteten die Gewährung des Anspruchs nicht verweigern dürfen?[1] Hier zeigt sich wieder einmal der Vorzug der konkreten Auffassung und der sich an sie anschliessenden Entwickelung: bei der Differenztheorie wäre das ganz unmöglich, denn sie kann auf die einzelnen Folgen, die erst in ihrer einheitlichen Gesamtheit die Differenz ergeben, keine Rücksicht nehmen. Ferner ist es bei unsrer Auffassung ohne jeden Zweifel zulässig, dass der Schadensersatzpflichtige auf die Geltendmachung seines Rechts auf die Vorteile verzichtet. Auch das ist bei der Unselbständigkeit der Vorteile in der Differenz völlig ausgeschlossen. Und doch, welche Bedenken sprechen dagegen, dass A, der dem B einen grossen Schaden verursacht, zur Versöhnung dem B die Vorteile lässt? Um dies zu erreichen, müsste man bei der Differenztheorie erst zu einer besonderen Schenkung greifen; die Schwierigkeit und Umständlichkeit der Konstruktion liegt zu sehr auf der Hand, als dass sie noch genauer dargelegt zu werden braucht.

Für die bei Unmöglichkeit oder Unangemessenheit der Naturalrestitution erforderliche Wertung kannte das römische Recht zwei Massstäbe: entweder entscheidet der Wert, den das verlorene Gut im Verkehr vermöge seiner Fähigkeit, durch Austausch seinem Inhaber andre Güter zu verschaffen, hat, oder der, den es gerade für den

[1] Vergl. unter § 4 n. 6.

Inhaber selbst bei Berücksichtigung seiner persönlichen Verhältnisse hat: quanti res est, quanti mea interest[1]. Diese Massstäbe werden auch heute noch verwandt. Interest bedeutet in erster Linie das Anteilnehmen an irgend einem Vorgang. Mit Recht haben schon Cohnfeldt[2] und Gimmerthal[2] darauf hingewiesen, dass bei Interesse keine Rede von einer Vermögensdifferenz sein könne. Die Wendung quanti mea interest bezeichnet lediglich die Wertung vom Standpunkt der individuellen Anteilnahme; die in interesse liegende Differenz bezieht sich auf die Empfindung des Subjekts, sie betrifft den Unterschied, den es für die Anteilnahme ausmacht, ob das Ereignis eingetreten ist oder nicht[3]. — Die gemeinrechtliche Doktrin hat aus dem römischen interesse einen völlig neuen Begriff geschmiedet. Bei der Schadensausgleichung identifiziert sie vielfach Interesse gradezu mit Schaden, und ganz überwiegend legt sie in den Begriff eine Vermögensdifferenz hinein. Interesse begreift hier das, was der Geschädigte gehabt hätte, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre. Das Interesse deckt sich hier mit dem, was wir als den Inhalt der Ausgleichung, die auszugleichende Wirkung der vorteilhaften und nachteiligen Folgen eines zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens bezeichnen. Wegen der oben ausgeführten Selbständigkeit der durch das schädigende Verhalten herbeigeführten Vorteile und Nachteile unter einander fehlt jedoch m. E. dem Begriff des Interesse die Einheitlichkeit, und daher hat er rechtlich in diesem Sinn, wenigstens für die Schadensersatzlehre, nur sehr geringe Bedeutung. Eine weitere Erörterung des Interessebegriffs

---

[1] Vergl. Voigt a. a. O. S. 439 ff.

[2] Cohnfeldt a. a. O. S. 3 f., Gimmerthal a. a. O. S. 9.

[3] Neuerdings definiert Dernburg Lehrb. z. BGB. Interesse wieder in diesem Sinn. „Interesse ist der Wert eines Gutes für eine bestimmte Person". (II S. 56.)

führt hier zu weit. Aus dem Begriff des Interesse dürfte schon hiernach eine befriedigende Lösung der compensatio lucri cum damno nicht zu gewinnen sein.

Die Schadensausgleichungspflicht betrifft alle durch das schädigende Verhalten[1] herbeigeführten Vorteil sowie Nachteil enthaltenden Folgen. Voraussetzung ist, dass zwischen den Folgen und dem Verhalten Kausalzusammenhang besteht. Nur dann wird man die in Frage kommenden Folgen zur Berücksichtigung heranziehen dürfen, sofern man nach vernünftiger Würdigung sagen muss, dass die Folgen zusammenfallen würden, wenn das fragliche Verhalten hinweggedacht wird, mit andern Worten, sofern das Verhalten für die Folgen wesentliche Bedingung, condicio sine qua non ist. Meistenteils werden nun allerdings für Wirkungen mehrere condiciones sine qua non bestehen, aber in der Regel genügt trotzdem die blosse Konstatierung, dass dem fraglichen Verhalten die Eigenschaft der condicio sine qua non beizumessen ist. So wird im Strafrecht nirgends, im Civilrecht wenigstens für das Schadensersatzrecht niemals, wenn das betreffende Verhalten condicio sine qua non ist, die Bestrafung bezw. Haftung wegen Fehlens des Kausalzusammenhangs abgelehnt werden dürfen; das Verhältnis der einzelnen condiciones zu einander kommt hier (mit Ausnahme des § 254 BGB)[2] gar nicht in Betracht[3]. Dagegen müssen

[1] nicht Handlung, denn wenn man auch das Unterlassen mit in den Begriff der Handlung hineinziehen kann, so ist doch zu beachten, dass der Schaden oft seinen Grund in einem einen grösseren Zeitraum einnehmenden Verhalten hat, das sich aus mehreren Handlungen zusammensetzen kann, ohne dass man auf eine den Schaden zurückführen könnte. Bisweilen sind bei dem Verhalten auch gar keine Handlungen vorhanden. „Verhalten" passt m. E. am besten für alle 3 Begriffe.

[2] Vergl. § 846 BGB.

[3] Dass aber die sämtlichen condiciones nicht gleichwertig sind, ergiebt sich wenigstens für das BGB mit völliger Bestimmtheit aus § 254 BGB; vergl. auch Liepmann Einleitung in das Strafrecht S. 66.

die Bedingungen im Civilrecht bei Entstehung von Vorteilen aus praktischen Gründen verglichen werden. Denn das Recht spricht die Vorteile nicht allen Menschen zu, die durch ihr Verhalten eine condicio für dieselben gesetzt haben, sondern nur denjenigen, die nach menschlichem Urteil hauptsächlich „daran schuld" sind, d. h. von unsrem Standpunkt, die eine zu bevorzugende Bedingung gegeben haben. Welche condicio sine qua non die zu bevorzugende ist, darüber wird schon deshalb, weil es sich hier lediglich um Urteile des Gerechtigkeitsgefühls bezw. praktische Erwägungen, nicht um logische Folgerung handelt, verständige Würdigung des Einzelfalls entscheiden müssen. Die Frage des Kausalzusammenhangs ist, wie allseits bekannt, Gegenstand recht unerquicklicher Kontroversen gewesen, und der Streit tobt noch mit unverminderter Kraft fort. Ich habe bei sorgfältiger Durcharbeitung fast sämtlicher Theorien[1] mich nicht der

[1] Berücksichtigt sind: von Bar Lehre vom Kausalzusammenhang 1871; ders. unter gleichem Titel in Grünhuts Zeitschrift IV 1877 S. 21 ff.; von Buri Über Kausalität und deren Verantwortung 1873; ders. „Zur Kausalität", im Gerichtssaal B. XXIX 1877 S. 269 ff.; Ortmann „Zur Lehre vom Kausalzusammenhang" in Goltdammers Archiv B. XXIV 1876 S. 93 ff.; Lammasch „Handlung und Erfolg" in Grünhuts Zeischrift B. IX 1882 S. 221 ff.; von Berger Über Bewirken durch Unterlassen. Daselbst S. 734 ff.; Birkmeyer „Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht" 1885; von Kries Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht. Zeitschr. f. d. g. Strafrechtswissenschaft B. IX S. 528, vergl. bes. S. 531 f.; Janka „Zur Kausalitätsfrage." Daselbst S. 499; Gustav von Müller „Das Kausalitätsproblem im Strafrecht 1894"; Max Rümelin „Die Verwendung der Kausalbegriffe", Arch f. d. civilistische Praxis B. 90; Hass „Über die Verwertbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Zusammenhang in der Lehre vom Interesse" in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik B. 37 S. 327 ff.; Gustav Rümelin „Kulpahaftung und Kausalhaftung"; Thon „Begriff der Verursachung" in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen B. 42; Zitelmann „Irrtum und Rechtsgeschäft" S. 291 f.; Binding

Überzeugung erwehren können, dass alle Theorien im Grunde auf dasselbe hinauskommen. Mögen die Formulierungen im Einzelnen noch so verschieden sein, so gehen doch alle zunächst von dem Verhältnis der condicio sine qua non aus[1]. Manche bleiben dabei stehen. Es sind dies hauptsächlich Schriftsteller, die lediglich das Strafrecht ins Auge fassen oder doch nicht über die Schadensverursachung hinauskommen[2]. Nur der Gedanke, dass dieser Standpunkt zu allzu harten Konsequenzen führen kann, bringt auch schon hier einige zur Vergleichung der Bedingungen. Diese Schriftsteller werden ebenso wie die meisten, die das Civilrecht nach allen Richtungen hin, speziell auch die Verursachung von Vorteilen, berücksichtigen, dahin geführt, eine Bedingung vor den übrigen zu bevorzugen, und indem sie die bevorzugte Bedingung Ursache nennen, suchen sie die Ursache nach einem abstrakten Prinzip festzustellen. Ganz besonders bez. dieses abstrakten Prinzips gehen die Ansichten scheinbar aufs schärfste auseinander. Fassen wir die wichtigsten Theorien einmal näher ins Auge:

1) von Bar nennt Ursache diejenige Bedingung, „durch welche der sonst als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein andrer wird". (S. 11.) Dabei sind immer noch mehrere Ursachen möglich, zwischen denen bei Vorteilen geschieden werden muss. Das gilt auch für Binding.

2) Binding: „Ursache sind die zum Erfolg hin-

„Normen"; von Liszt „Deutsches Strafrecht" 8. Aufl. S. 120 ff.; Liepmann „Einleitung in das Strafrecht" 1900; Erich Hartmann „Das Kausalproblem im Strafrecht" 1900 (erst während des Druckes berücksichtigt); Zitelmann „Das Recht des BGB" Allgemeiner Teil S. 153 ff.; Ennecerus und Lehmann „Das bürgerliche Recht" I, S. 365; Crome „System des deutschen BGB" I, § 108; ferner Matthiass, Endemann, Cosack, Dernburg und Oertmann a. a. O.

[1] Vergl. von Bar 1871 S. 4; Birkmeyer S. 17.

[2] Vergl. von Liszt, von Buri; von Berger, Lammasch, von Müller; auch Endemann und Cosack.

strebenden Bedingungen in ihrem Übergewicht über die von ihm abhaltenden.“ (I, 42.) Beide Arten werden als sich im Gleichgewicht haltend gedacht.

3) Birkmeyer (S. 18.): „Ursache ist die wirksamste Bedingung.“ — In der praktischen Durchführung wird uns das abstrakte Prinzip bei jeder Theorie überaus häufig im Stich lassen; das folgt schon daraus, dass die absolut sichere Feststellung der Ursache nach denselben bei allen über das Mass menschlicher Erkenntnis hinausführt. Was bleibt also weiter übrig, als die zu bevorzugende Bedingung nach vernünftiger Würdigung des Einzelfalles zu konstatieren? Es ist also nicht nur, wie die praktische Handhabung lehrt, in der Regel bei den Theorien das Resultat das gleiche, sondern auch der Weg, wie es gefunden wird. In vielen Fällen wird die Entscheidung sogar nichts weiter als das blosse Urteil des Rechtsgefühls sein[1]. Dernburg (Pand. II S. 126) spricht das auch unverhohlen aus, und Matthiass (I 347), der Ursache die nächste wesentliche Bedingung nennt, dann aber bei dem Gegensatz von Ursache und Veranlassung erklärt, „was als nächste Bedingung des Erfolges erscheint, ist aber nur im einzelnen Fall nach den besonderen Umständen feststellbar“, sagt damit im Grunde genommen auch nichts andres[2]. Die Theorien des adäquaten Kausalzusammenhangs stehen gleichfalls nur scheinbar im Gegensatz hierzu. Schon die Gegen-

[1] Wie willkürlich hier überhaupt vorgegangen wird, zeigt Endemann I § 129 n. 15. „Eine mangelhaft abgesteifte Grube stürzt zusammen. A wird verschüttet. B, der das sieht, erschrickt derart, dass er am Herzschlag stirbt. Der Bauherr haftet für A, nicht aber für B, weil für dessen Tod nicht der Zustand der Grube, sondern erst das hieraus folgende und für A kausal bereits abgeschlossene Ereignis entscheidend sein konnte.“ Einer solchen Begründung gegenüber muss man doch wohl erklären, dass Endemann die Entscheidung schlechthin nach seinem Rechtsgefühl fällte und sich dann nach einer juristischen Begründung umsah.

[2] Ähnlich auch Ennecerus-Lehmann I S. 365.

überstellung von adäquatem und inadäquatem Zusammenhang zeigt, dass die Eigenschaften „adäquat“ und „nicht adäquat“ ausserhalb des Begriffs liegen und desshalb zunächst unberücksichtigt bleiben können. Bez. des Kausalzusammenhangs selbst findet sich kein besonderer Unterschied. Die Vertreter dieser Theorien gehen gleichfalls von der condicio sine qua non aus, und dabei bleiben sie für den Kausalzusammenhang stehen. Das Urteil in Betreff der Adäquität ist dann mehr oder minder objektiv; es bleibt aber eben Urteil, und in schwierigen Fällen wird die Entcheidung wiederum schon deshalb lediglich auf praktische Würdigung hinauslaufen. Bei Vorteilszurechnung, wo eine condicio bevorzugt werden muss, bietet den Vertretern dieser Theorie die Adäquität ein sehr willkommenes Mittel zur Ausscheidung gewisser Bedingungen; wo sie diesen Dienst jedoch nicht leistet, ist auch hier die Würdigung zwischen den mehreren Bedingungen nötig. —

Wo ist da bei beiden Gruppen, wo bei allen Kausalitätstheorien die grosse Kluft? überall condicio sine qua non, überall praktische Würdigung des Einzelfalls![1]

Für die Zurechnung von Nachteilen möchte ich mich aus praktischen Gründen der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs und zwar in der Form der Rümelin'schen Auffassung anschliessen. Die schadenbringenden Folgen sollen dem Verpflichteten nur dann zur Last gelegt werden, wenn sie zu dem Verhalten in adäquatem Kausalzusammenhang im Sinne der objektiven Prognose stehen, d. h. nur solche Folgen werden dem Verpflichteten zugerechnet, welche das zur Untersuchung stehende kausale Verhalten herbeizuführen[2] generell geeignet ist.

[1] Die Übereinstimmung aller Theorien von Grund aus nachzuweisen, m. E. eine garnicht so überaus schwierige Arbeit, würde hier zu weit führen.

[2] Für Unterlassungen passt „herbeiführen“ schlecht, doch liegt das Verhältnis analog. Die Formulierung stellt sich folgender-

Die Grundlage für die Beurteilung ist daher objektiv zu nehmen, indem alles zu Grunde zu legen ist, „was zur Zeit der Handlung in irgendwie erkennbarer Weise schon vorlag. Es wird also allerdings vorausgesetzt, was dem Thäter bekannt war oder bekannt sein musste, ausserdem aber auch, was sonst bekannt war oder bekannt geworden ist, z. B. die durch den nachträglichen Verlauf aufgedeckten, aber zur Zeit der That schon vorliegenden Umstände, sowie das gesamte Erfahrungswissen der Menschheit. Abstrahiert wird von dem der menschlichen Erkenntnis Unzulänglichen[1].“ Bei der oft überaus eigentümlichen Gestaltung der realen Verhältnisse im menschlichen Leben ist die Tragung der gesamten Folgen eines Verhaltens vom Standpunkt des absoluten, uneingeschränkten Kausalzusammenhangs für den Verpflichteten eine zu grosse Last, sie würde häufig zu einer ausserordentlich ungerechten und unbilligen Schadensverteilung führen. Deshalb muss man die Haftung schon vom Gesichtspunkt des Kausalzusammenhangs einschränken, sodass sie fortfällt bei einer über das Normale erheblich hinausgehenden Verkettung der Umstände. Der Rümelin'schen Auffassung ist gegenüber der von Kries'schen[2] deshalb der Vorzug zu geben, weil sie auf einem in höherem Grade objektiven Boden als jene steht[3].

Im Gegensatz zu den Nachteilen ist die Frage des Kausalzusammenhangs für die Vorteile bisher wenig erörtert. Dass man auch hier von einer Zurechenbarkeit

massen: wenn A die entsprechende Handlung nicht unterlassen hätte, würde der schädliche Erfolg hinfallen. Im Einzelnen vergl. jetzt auch Zitelmann „Das Recht des BGB“ S. 161 f. und Hartmann a. a. O. S. 83 f.

[1] Max Rümelin a. a. O. Arch. f. d. civ. Praxis B. 90 S. 189; wo im Folgenden Rümelin zitiert wird, ist stets diese Schrift gemeint.

[2] Vergl. von Kries a. a. O. S. 531 f.; Hass a. a. O., in Iherings Jahrbüchern B. 37 S. 327 ff.

[3] Dass die Theorie sich mit dem Gesetz verträgt, hat Rümelin m. E. genügend nachgewiesen.

sprechen kann, ist selbstverständlich und bedarf keiner Erörterung. Anders als bei den Nachteilen ist hier der reine Kausalzusammenhang zu Grunde zu legen[1]. Die Frage der Zurechenbarkeit von Vorteilen hat ihren eigentlichen Sitz nicht so sehr in der Schadensersatzlehre als vielmehr auf dem Gebiet der ungerechtfertigten Bereicherung, jedenfalls auf Rechtsgebieten, auf denen sie kaum noch als strittig bezeichnet werden kann. Dort kann man beobachten, dass die Kausalität nirgends durch irgend welche Grenzen für die praktische Anwendung beschränkt ist, und deshalb darf man auch auf dem Gebiet der Schadensersatzlehre eine Einschränkung in der Richtung des adäquaten Kausalzusammenhangs nicht vornehmen. Überdies kommt der Grund, der bei den Nachteilen ausschlaggebend war, vergl. S. 45, bei den Vorteilen in Wegfall. Wie schon hervorgehoben, muss aber der Begriff des Kausalzusammenhangs an sich für Vorteile und Nachteile in gleichem Sinne genommen werden. Nur dann kann der Schadensersatzpflichtige die Vorteile sich zu Nütze machen, wenn für sie sein Verhalten, um dessentwillen er für die Nachteile einstehen muss, condicio sine qua non gewesen ist. Hier sind 2 Fälle möglich: 1) Entweder ist das Verhalten einzige condicio sine qua non, — das wird selten sein — oder es beanspruchen daneben doch nur Naturereignisse die Eigenschaft der condicio sine qua non. In beiden Fällen wird der Verpflichtete ohne Zweifel sich die Vorteile zurechnen können. 2) Oder es bildet das Verhalten eines andern gleichfalls eine condicio sine qua non. Wie schon oben erwähnt, wird hier verständige Würdigung des Falls entscheiden müssen, welcher condicio die grössere Bedeutung beizumessen ist. In den meisten praktischen Fällen dieser Art wird schon die juristische Betrachtung auf den rechten Weg führen, da regelmässig das eine Verhalten juristisch als Bedingung (si) oder als Motiv, das andre als rechtsbegründend erscheint. Wenn

[1] a. A. Rümelin.

einer Bedingung der Vorzug zuerkannt ist, werden die übrigen Bedingungen für die Kausalität gänzlich ignoriert.

Sehr schwierig ist die Lösung der Kausalfrage in dem Fall, wo das Ereignis in der Person eines andern bestimmte Entschlüsse hervorgerufen hat. Man bedenke folgende Fälle: 1) A stiftet den B an, dem C 1000 ℳ zu stehlen; 2) A, der B 1000 ℳ schuldet, kommt in Verzug und bringt dadurch B in die Gefahr des Konkurses; C, ein Bruder B's, stiehlt aus Mitleid für B dem D 500 ℳ und schenkt sie B; nach Lage der Sache ist zweifellos, dass C die That unterlassen hätte, wenn A nicht in Verzug gekommen wäre; 3) A schädigt B, das veranlasst den C, dem B (aus Freundschaft für B) 100 ℳ zu schenken. — Wir werden in diesen Fällen genötigt, das Gebiet der sinnlichen Wahrnehmung zu verlassen und den Zusammenhang von Vorgängen zu erforschen, die sich gänzlich in der Gedankenwelt des menschlichen Vorstellungsvermögens abspielen. Die Schwierigkeiten und die mancherlei Bedenken, die sich dabei ergeben, mögen wohl dafür sprechen, den Kausalzusammenhang auf äussere Vorgänge zu beschränken. Allein genaue Untersuchung ergiebt, dass ein Zusammenhang auch bei jenen inneren Vorgängen thatsächlich existiert und dass im Grunde die Schwierigkeit lediglich in dem Mangel der Fähigkeit liegt, die inneren Vorgänge genau zu erkennen und den Zusammenhang zwischen ihnen zu beweisen. Eine solche Schwierigkeit berechtigt uns jedoch auf keinen Fall, den vorhandenen Kausalzusammenhang zu leugnen. Für die Konstatierung des Kausalzusammenhangs ist es vollständig gleichgültig, ob der Entschluss absichtlich durch Einwirkung seitens des Dritten hervorgerufen oder ob er lediglich durch das Verhalten des andern, womöglich ohne dessen Wissen, verursacht ist. Nur bei dem Geisteskranken, der die in ihm aufsteigenden Gedanken ohne eigene Beurteilung (weil ihm solche fehlt) zur Ausführung bringt, bildet das Hervorrufen des Ge-

dankens die einzige condicio sine qua non. Dagegen liegt es bei dem freien, normal denkenden Menschen erheblich komplizierter: Das Verhalten des auf das Denken des andern (B) Einwirkenden (A) regt die geistige Thätigkeit des B an und ruft in seinem Auffassungsvermögen bestimmte Gedanken hervor. Man müsste nun gänzlich die Willensfreiheit leugnen, wenn man behaupten wollte, dass diese Gedanken unmittelbar die That zur Folge haben. B wird jetzt die in ihm verursachten Gedanken einer Erwägung unterziehen, und er steht vor der doppelten Möglichkeit, die Gedanken zur Ausführung zu bringen oder sie zu unterdrücken. Indem er sie zum Entschluss werden lässt und sie gewissermassen sanktioniert, setzt er gleichfalls eine condicio sine qua non, und wir haben somit 2 solcher condiciones: 1) das Hervorrufen des Gedankens — in der Kette: Verhalten — Gedanken — Entschluss — Ausführung — Wirkungen; 2) Sanktionierung des Gedankens — in der Kette: Billigung des Gedankens und Entschluss — Ausführung — Wirkung[1]. Die Konstatierung, dass beide eine condicio gesetzt haben, genügt für das Strafrecht[2], und die zivilrechtliche Schadensverursachung, wie oben hervorgehoben. Bei den Vorteilen wird wiederum die vernünftige Würdigung der condiciones nötig, und auch hier giebt uns die juristische Betrachtung ohne Schwierigkeit die Lösung. Dass der Betroffene den angeregten Gedanken zum Entschlusse werden lässt, wird stets als die wichtigere Bedingung erscheinen, während die juristische Auffassung in dem die Gedanken hervorrufenden Verhalten lediglich ein Motiv sieht und dem-

[1] Auch der Gezwungene und der Getäuschte setzen durch ihre Handlungen eine condicio; denn den Ausschlag für ihr Verhalten gab doch ihr eigener Entschluss. Trotz Täuschung und Zwangs waren sie imstande, sich anders zu verhalten. Ganz anders liegt das Verhältnis natürlich bei vis absoluta.

[2] Der logische Widerspruch, der für die Kausalität der Anstiftung behauptet ist, existiert hiernach nicht.

selben im Verhältnis zu der andern condicio keine Bedeutung beimisst. Nach vorstehenden Sätzen wird die Entscheidung der an die Spitze gestellten Fälle so lauten: ad 1) Sowohl A's wie B's Verhalten ist kausal; beide sind strafbar und haften. ad 2) Sowohl A's wie C's Verhalten ist kausal; bez. A's fehlt es jedoch an adäquatem Kausalzusammenhang für die Schädigung des D. ad 3) Sowohl A's wie C's Verhalten ist kausal; letzteres allein kommt in Betracht, ersteres ist als Motiv zurückzusetzen[1].

Schliesslich ist noch folgender Fall kurz zu berühren: es kann vorkommen, dass der Schaden ganz oder zum Teil nachträglich aus sich selbst heraus wieder fortfällt, z. B. durch die Feuchtigkeit der Wohnung wird eine Matratze durchnässt und, wie es zunächst scheint, völlig verdorben. Nachdem sie getrocknet ist, stellt sich heraus, dass die Matratze wieder ebenso brauchbar ist wie vorher. Selbstverständlich besteht hier der Schaden nur in den Aufwendungen, die der Geschädigte wegen Unmöglichkeit der Benutzung der Matratze machen musste, oder in dem Verlust des Gewinnes, den er nachweisbar durch ihre Verwertung hätte machen können. Es braucht wohl kaum erwähnt zu werden, dass hier nicht der spätere Fortfall des Schadens als aufzurechnendes lucrum angesehen werden darf.

Die praktisch wichtigste Folge grade des Unterschieds der beiden oben entwickelten Schadensbegriffe macht sich auf prozessualem Gebiet geltend. Schon oben

[1] Wie, wenn C dem B um A's Willen das Geld schenkt? Der Fall führt uns zu der Frage nach der Erfüllung der Schadensersatzschuld, welche mit der compensatio lucri cum damno nur mittelbar im Zusammenhang steht, daher hier nicht weiter erörtert zu werden braucht.

S. 14 wurde entwickelt, welche Schwierigkeit die konsequente Durchführung der Differenztheorie im Prozess macht. Gradezu erstaunlich einfach wird dem gegenüber die prozessuale Durchführung bei der hier vertretenen Auffassung des Schadens für die Schadensausgleichung und die damit zusammenhängende compensatio lucri cum damno. Der Geschädigte behauptet und beweist den ihm zugefügten Schaden, er hat also darzulegen, was er verloren hat. Der Verpflichtete muss dann seinerseits einwenden, dass dem Berechtigten durch sein (des Verpflichtenden) Verhalten Vorteile entstanden sind, die er herausgeben muss. Der Beweis für den Einwand liegt dem Schadensersatzpflichtigen ob. Es entsteht nun hier eine praktisch überaus wichtige Frage: muss der Richter die Vorteile von Amtswegen berücksichtigen, wenn ihre Existenz aus dem Vorbringen der Parteien erhellt, oder nur, wenn sie der Ersatzpflichtige im Prozess verlangt? Man wird dabei am besten von dem Fall ausgehen, wo die Vorteile in Gegenständen bestehen, die unmittelbar selbst herausgegeben werden müssen. Bei diesen Vorteilen liegt es offen zu Tage, dass ihr Vorhandensein nicht rechtsvernichtend wirken kann: Die Existenz des Schadensersatzanspruchs wird keineswegs durch das gleichzeitige Entstehen von Vorteilen gehindert, und das Vorhandensein derselben hebt auch den enstandenen Ersatzanspruch nicht wieder auf. Der Einwand kann vielmehr wie beim Zurückbehaltungsrecht lediglich folgende Bedeutung haben: ich beseitige Dir nicht eher den Schaden, als bis Du mir die mir gebührenden Vorteile herausgegeben hast; es handelt sich um einen rechtsverfolgenden Einwand, eine Einrede im Sinne des BGB. Der Fall, wo die Naturalrestitution nicht möglich ist und es zur Ausgleichung in Geld, also zur compensatio lucri cum damno kommt, ist dem ersten zu nahe verwandt, als dass man ihn rechtlich anders behandeln könnte, und deshalb muss man auch in der gerichtlichen Geltend-

machung der compensatio lucri cum damno eine blosse Einrede sehen. Es liegt allerdings hier die Frage nahe, ob man nicht die Sätze der „Aufrechnung“ heranziehen soll. Der praktische Unterschied würde darin bestehen, dass der Richter die compensatio l. c. d. von Amtswegen zu berücksichtigen hätte, wenn der Schadensersatzpflichtige schon früher durch Erklärung die Aufrechnung des in Geld umgesetzten Vorteils gegen die Schadensersatzsumme vollzogen hat. Das ist indessen wohl abzulehnen; denn es ist doch immer zu berücksichtigen, dass es sich hier nicht um die gesetzlich geregelte allgemeine Kompensation handelt. Übrigens wird diese Eventualität wohl nur sehr selten vorkommen. Wir können somit ganz allgemein sagen, dass eine Berücksichtigung der Vorteile von Amtswegen niemals stattfindet. Wohl schwerlich werden sich irgendwelche rechtspolitischen Bedenken finden, die gegen dieses einfache und praktisch so überaus bequem zu handhabende Resultat sprechen und zu einer Berücksichtigung von Amtswegen Veranlassung geben. — Aus der Verschiedenheit des Objekts bei den Vorteilen (Geld und Gegenstände andrer Art) ergiebt sich allerdings insofern ein Unterschied, als die Einrede bei Herausgabe der Vorteile eine dilatorische ist, während die Geltendmachung bei der compensatio l. c. d. gegenüber der Ersatzschuld in Höhe des zur Aufrechnung kommenden Vorteils peremptorisch wirkt. Daraus folgt für das BGB, dass der Aufrechnungsbetrag auf Grund des § 813 eventuell zurückgefordert werden kann. Es liegt hierin kein Widerspruch zu dem auf S. 37 f. Entwickelten, da der Rechtsgrund für die Rückforderung in der ungerechtfertigten Bereicherung liegt.

Bisher ist nur der Fall ins Auge gefasst, dass Vorteile und Nachteile durch ein und dasselbe Verhalten

verursacht sind. Man hat die Bezeichnung compensatio lucri cum damno indessen auch auf Fälle verwandt, in denen ein mehrfaches Handeln mit verschiedenem Effekt[1] erfolgt ist, sodass eine Handlung Nachteil, die andre Vorteil gebracht hat. In allen diesen Fällen, wo Vorteil und Nachteil nicht durch ein und dieselbe Handlung bezw. Verhalten entstanden sind, ist die compensatio lucri cum damno prinzipiell zu verwerfen. Wo sie trotzdem vom Recht gebilligt werden sollte, liegt der Grund in der besonderen Gestaltung des konkreten Falls oder einer bestimmten Gruppe von Fällen, keineswegs aber in generellen Gesichtspunkten[2].

§ 3.

Das Quellenmaterial, das uns das justinianeische Gesetzbuch für die compensatio lucri cum damno bietet, ist als recht dürftig zu bezeichnen. Die wenigen Stellen lassen deutlich erkennen, dass das römische Recht eine compensatio lucri cum damno im technischen Sinn überhaupt nicht kannte. Die römischen Juristen haben wohl

[1] „Ein mehrfaches Handeln mit verschiedenem Effekt" ist in Gegensatz zu „einer Handlung" und „einem Verhalten" zu stellen. Die Einheitlichkeit ist stets dann anzunehmen, wenn der Erfolg auf eine bestimmte Handlung bezw. Unterlassung zurückzuführen ist, ebenso wenn der Erfolg zwar in mehrfachem Handeln begründet liegt, aber in der Art, dass nur die mehreren Handlungen zusammen den Erfolg herbeiführten oder die Erkenntnis, ob eine der mehreren Handlungen oder ein Teil von ihnen und welche die wirkenden waren, über menschliches Erkennungsvermögen hinausführt, dieses also nur soweit reicht, dass die Folgen durch den Komplex von Handlungen entstanden sind. Letzteren Fall bezeichneten wir oben S. 40 Anm. 1 als Verhalten. Fehlt dagegen die Einheitlichkeit und ist klar erkennbar, dass diese Handlung diesen, jene jenen Erfolg hatte, so steht „ein mehrfaches Handeln mit verschiedenem Effekt" in Frage.

[2] Vergl. im römischen Recht l. 10 D. 3, 5 und l. 15 § 4 D. 19, 2 (unten S. 57 ff.), ferner ALR I 13 § 258 und Badisches Landrecht 1344a.

vom praktischen Gesichtspunkt aus bei einzelnen Rechtsfällen, bei denen es nahe lag, innerhalb eines Rechtsverhältnisses entstandene Vorteile und Nachteile in nähere Beziehung zu einander zu setzen, eine Anrechnung der Vorteile auf die Nachteile bei der Schadensersatzleistung in Erwägung gezogen. Sie haben auch wohl versucht, das gewonnene Resultat in beschränktem Umfang zu verallgemeinern, im Übrigen aber haben sie, sofern wir die Digesten zu Grunde legen, weder ein generelles Prinzip aufgestellt noch eine gründliche und allgemeine Untersuchung bez. der Frage angestellt. Wenn einzelne Schriftsteller im 19. Jahrhundert ein einheitliches Prinzip mit absoluter Bestimmtheit in den Quellen gefunden haben wollen, ist das wohl mehr ihre eigene Auffassung. Bei der häufigen Behandlung, die die fraglichen Quellenstellen in der gemeinrechtlichen Litteratur gefunden haben, muss zwecks Vermeidung blosser Aufzählung hier und da Verweisung genügen. Die oben durchgeführte Scheidung zwischen Vorteilen und Nachteilen, die durch ein und dasselbe Verhalten entstanden sind, und solchen, die ihren Grund in mehrfachen Handlungen haben, ist für die Quellen nicht durchführbar, da bei manchen Stellen eine bestimmte Antwort in dieser Richtung bei den zu Gebote stehenden Hülfsmitteln nicht möglich ist.

1) l. 23 § 1 D. pro socio 17, 2 Ulpianus libro XXX ad Sabinum . . . § 1. Idem[1] quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat; et ait, compensandum. Quod non est verum, nam et Marcellus libro sexto Digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, dominum societati, qui praeposuerit, praestiturum, nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno; et ita Divum Marcum pronuntiasse, nec

[1] i. e. Pomponius.

posse dici socio: abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis.

Die l. 23 § 1 ist verschieden ausgelegt worden:

a) Huber, Holzschuher, von Vangerow, Mommsen, Windscheid, Hasenöhrl, Cohnfeldt, Dernburg, Larenz und Oertmann[1] sind der Ansicht, dass Vorteile und Nachteile in l. 23 aus mehreren Handlungen enstanden sind und aus diesem Grunde die compensatio lucri cum damno abgelehnt sei. Bei den meisten fehlt eine nähere Erklärung.

α) Mommsen hält in dem vorliegenden Rechtsfall zwei Auffassungen für möglich; entweder sei die unvorsichtige Anstellung des Sklaven die verpflichtende Thatsache, dann müsse compensatio stattfinden — oder es müsse so angesehen werden, als ob der Gesellschafter, der den Sklaven angestellt, selbst die Geschäfte geführt habe, wobei der Sklave nur das Mittel wäre; dies sei die Auffassung der Quellen. Pomponius habe, wie es scheine, allgemein, wenn ein Gesellschafter mehrere Geschäfte für die Societät geführt habe, eine Kompensation des Schadens mit dem Gewinn zugelassen wissen wollen. — Dem Letzteren ist m. E. nicht beizustimmen.

β) Windscheid sagt: „Die admissio socii und praepositio servi lösen sich in so viele einzelne Gestattungen der Geschäftsführung, als einzelne Gesellschaftsgeschäfte zu führen sind, auf". Das

[1] Huber, Eunomia Romana 1724, ad lib. 17 XXV n. 21 ff.; von Vangerow a. a. O. III § 571 Anm. 1; Holzschuher III S. 89, 854; Mommsen S. 196; Hasenöhrl § 19 N. 49—52; Windscheid II 258 N. 4; Cohnfeldt S. 170; Dernburg II § 45 N. 12; Larenz, compensatio lucri cum damno, Dissertation 1898, S. 46; Oertmann, compensatio lucri cum damno in Gellers Centralblatt für die juristische Praxis 1897, S. 10. (Die Seitenzahl bezieht sich auf die Paginierung des Separatabdrucks. Im Folgenden ist stets diese Schrift gemeint.)

ist doch wohl nur eine künstliche Auslegung, um eine Mehrheit von Handlungen zu bekommen; denn die admissio bezw. praepositio als solche ist sicherlich ein einheitlicher Akt.

γ) Larenz erklärt: „Die von dem Sklaven eines Gesellschafters vorgenommene Geschäftsführung ist einer Geschäftsführung, die der socius selbst besorgt, rechtlich gleichzuachten. Der Sklave ist der direkte Stellvertreter des Gesellschafters, der ihn angestellt hat, und macht seinen Herrn durch seine Handlungen so verbindlich, wie wenn dieser selbst das Geschäft ausführte. Darnach ist es gleich zu beurteilen, ob der Schaden durch die Schuld des socius admissus, d. h. des zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafters, oder durch die Schuld des von ihm dazu bestellten Sklaven entstanden ist". Die zunächst für den servus entwickelten Gründe werden stillschweigend auf den socius admissus übertragen. Das ist doch wohl nicht so ohne Weiteres zulässig[1].

b) Dagegen ist nach Eichhoffs[2] Ansicht Schaden und Vorteil durch eine Handlung, die admissio socii bezw. praepositio servi entstanden. Im Gegensatz zu allen unter a Genannten sieht er zwischen l 23 § 1 und ll 25, 26 D 17, 2 einen wesentlichen Unterschied. „Vergegenwärtigen wir uns nunmehr, dass der socius in l 26 für einen Schaden haftet, der nur durch seine eigene Schuld herbeigeführt worden ist, während er in der l 23 § 1 für einen Schaden haftet, der zwar Folge seiner schuldhaften Handlung (sein Verschulden ist minimal, wenn der Dritte eine vertrauenswürdige Person war),

[1] Oder sollte Larenz socius admissus auf einen der ursprünglichen Gesellschafter beziehen und socius admissus etwa ad negotia gerenda konstruieren? Das wäre, wie der Zusammenhang und die ll 19—23 pr. lehren, sicher falsch.

[2] a. a. O. S. 39 ff.

aber erst infolge des Hinzutretens der culpa eines Dritten entstanden ist — dann erkennen wir, unter Berücksichtigung der Bedeutung des Schuldmoments, dass der Fall der l. 23 § 1 grade mit Rücksicht auf die Frage der Anrechnung eines anderweitigen Gewinns dem Fall der ll. 25 und 26 doch wohl juristisch nicht so völlig gleichsteht“[1]. Demgegenüber ist einerseits zu betonen, dass die Schuld nur in Bezug auf die bewirkende Handlung vorhanden zu sein braucht und dass die Haftung für die weiteren Folgen stets in vollem Umfang eintreten muss, wenn der erforderliche Kausalzusammenhang nachgewiesen ist. Letzterer liegt hier vor, da das Verhalten des socius für die Folgen der admissio condicio sine qua non ist. Andrerseits ist zu beachten, dass das römische Recht sowohl bei den Folgen einer culpa in eligendo aut custodiendo[2] als auch dann, wenn jemand für das Verhalten eines Dritten aufkommen muss[3], wo doch ohne Zweifel eine Herabminderung noch viel eher am Platze wäre, den Pflichtigen genau in demselben Umfang haften lässt, als wenn er sämtliche Folgen unmittelbar durch eigenes Handeln verursacht hätte. Obwohl nun nach Eichhof die Vorteile und Nachteile aus einer Handlung entstanden sein sollen (S. 43) und demgemäss nach seiner Ansicht nur der Überschuss als Schaden erscheinen dürfte, soll der Ersatzpflichtige hier aus praktischen Gründen mit Rücksicht auf die Societät die Nachteile ohne Abzug ersetzen. Ich halte das für logisch unmöglich. Denn wenn begrifflich Schaden die Differenz ist, kann alles, was über das Resultat der Vergleichung hinausgeht, weil es ja überhaupt keine Existenz hat, auch in besonderen Fällen nicht ausnahmsweise Berücksichtigung finden. —

---

[1] a. a. O. S. 42.

[2] Vergl. l 11 pr. D 12, 2; l 10 § 1 l 11 D 13, 6; l 20 eod.; l 20 § 3 D 3, 5.

[3] Vergl. ll 6, 7 D 4, 9; l un. D 47, 5.

M. E. liegt der Fall in l. 23 § 1 folgendermassen: Pomponius war jedenfalls der Ansicht, dass schuldhaftes Verhalten zur Beseitigung der entstandenen Folgen verpflichte und dass der Verpflichtete die aus demselben Verhalten entstandenen Vorteile für sich beanspruchen könne — eine Anschauung, die ja sehr nahe liegt und in der er wohl auch bei den Römern kaum Widerspruch gefunden hat [1]. Er hatte nun lediglich die Frage bez. des socius admissus zu entscheiden und sah, wie garnicht anders möglich, in der admissio socii eine einzige Handlung. Marcellus hatte dieselbe Frage bez. des praepositus servus zu entscheiden. Hier lag aber die Sache ganz anders; denn während es sich in jenem Fall um einen freien Menschen handelte, kam der praepositus servus lediglich als Mittel des dominus in Betracht, sodass die Handlungen des Sklaven unmittelbar als die seines Herrn gelten mussten, und demgemäss hatte hier der Akt der praepositio juristisch gar keine Bedeutung. Da hiernach Vorteile und Nachteile aus mehreren Handlungen entstanden sind, lag zur compensatio kein Grund vor. Ulpian verglich nun beide Fälle, und dabei kam er zu der Ansicht, dass bei vernünftiger Würdigung beide Fälle gleichgestellt werden müssten. Die Rücksicht auf die praktischen Verhältnisse in der Societät haben ihn sodann wohl veranlasst, der Ansicht des Marcellus den Vorzug zu geben.

2) l. 10 D. De negotiis gestis 3,5. Pomponius libro XXI ad Quintum Mucium. Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras, veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum

[1] Dass Pomponius der Ansicht war, ist umso eher anzunehmen, als das vorstehende praktische Resultat der Auffassung seit seiner Zeit bis auf den heutigen Tag von keinem Schriftsteller in Abrede genommen ist.

vero absentem; quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

Die l. 10 ist von allen für die c. l. c. d. herangezogenen Stellen am meisten bearbeitet worden. Die verschiedenen Auslegungen sind von Eichhoff und Oertmann sorgfältig zusammengestellt, sodass sich hier eine Aufzählung derselben erübrigt. Eine endgültig richtige Auslegung wird wohl kaum möglich sein, da quibusdam sowohl auf negotia als auf servi bezogen werden kann und sich wohl schwerlich ein durchschlagender Grund gegen eine der beiden Auffassungen finden wird. Oertmann selbst schliesst sich Huber, Holzschuher, Mommsen und Hasenöhrl an und bezieht quibusdam auf servi; das coemere servos sei eine einheitliche, weil zu einem bestimmten Zweck unternommene negotiatio, deren Folgen einheitlich zu betrachten seien. Ich glaube nicht, dass Oertmann mit dieser Erklärung etwas andres erreicht hat, als eine sehr einleuchtende Begründung, weshalb in l. 10 ausnahmsweise die compensatio l. c. d. für zulässig erklärt wird. An sich ist doch ohne Zweifel zuzugeben, dass damnum und lucrum durch die verschiedenen, einzelnen Käufe, also mehrere Handlungen entstanden sind: dieser Kauf bringt Vorteil, jener wieder Nachteil. Will man von vornherein die einzelnen Handlungen ganz aus dem Spiel lassen und für gewinn- oder schadenbringend die negotiatio, als Unternehmung und zwar als einheitliche Thatsache gedacht, erklären, so wäre bei Abschluss des Unternehmens wie in l. 30 D. 17, 2 bei der Gesellschaft Bilanz zu ziehen, und es ergiebt sich entweder bloss Schaden oder bloss Gewinn. In dem Sinn ist aber das absens pensare lucrum cum damno hier sicherlich nicht gemeint. Denn dass hier die Bilanzziehung unter allen Umständen keinen Gewinn ergeben soll, liegt auf der Hand; die Stelle hätte sonst überhaupt keinen Sinn. Bei Gewinn würde der dominus negotii natürlich genehmigen,

und dann käme die compensatio garnicht in Frage. Die blosse Schadenskonstatierung giebt aber ebenfalls keinen Anlass zu einer compensatio. Man muss also wohl auch bei der Oertmann'schen Auffassung dabei bleiben, dass Vorteil und Nachteil durch mehrere Handlungen verursacht sind. Trotzdem aber findet ausnahmsweise compensatio statt, weil die mehreren Handlungen Teile eines Unternehmens sind. Auch so liegt immer noch ein wesentlicher Unterschied zu l. 23 § 1 cit. vor. Denn wenn Cuiacius für negotiorum gestio und societas erklärt: ubique par incurrit ratio[1], so bezieht sich das auf die negotiorum gestio und societas als Ganzes. Dagegen liegt es doch auf der Hand, dass für die Einzelunternehmen in der gestio und die societas als Ganzes nicht dasselbe gelten kann. Denn für die Einzelunternehmen — sofern es sich nicht um ein einziges handelt — und noch mehr für die Teilhandlungen der Einzelunternehmen gelten doch auch wiederum nicht die allgemeinen Sätze der negotiorum gestio; wohl aber können für sie, weil sie in derselben enthalten sind, grade mit Rücksicht auf dieselbe besondere Sätze aufgestellt werden, die dann keineswegs für die societas zu gelten brauchen: hier non par incurrit ratio. Demgemäss ist der in der Entscheidung enthaltene Rechtssatz als ius singulare anzusehen. — Ich halte die Auslegung bei Eichhoff[2] nicht für getroffen. Mit Recht entwickelt Eichhoff selbst (S. 51), dass die Haftung für casus hier nicht für bestimmte Fälle angeordnet, sondern vielmehr als das originelle (Sed) Resultat der Nichtgenehmigung der gestio hingestellt wird. Nicht das novum negotium begründet die Haftung, sondern sie kann sich dabei ergeben, wenn der dominus nicht genehmigt (novum!). Als Beispiele sind Unternehmungen angeführt,

[1] Cuiacius, lib. II Quaest. Pauli ad l. 42 de act. emt. V 900.

[2] ebenso Brinz a. a. O. II, § 321 N. 87, Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim, Heft III 1839, S. 73.

die aus einer grösseren Zahl von Einzelhandlungen bestehen. In den seltensten Fällen werden dies nur Handlungen mit kasuellem Schaden sein. Grade das ist aber notwendig, wenn damnum im Schlusssatz bloss auf kasuellen Schaden zu beziehen ist. Man müsste sonst innerhalb des negotium die Handlungen mit kasuellem von denen mit kulposem bezw. dolosem Schaden trennen und nur den kasuellen Schaden, das ist doch also hier nur ein Teil des Schadens, zur Kompensation verwenden. Eine solche Trennung ist der l. 10 nicht zu entnehmen. Demgegenüber liegt es wohl näher, damnum dort nicht bloss auf kasuellen Schaden zu beziehen. Ein diesbezügliches Prinzip konnten wir ja auch in l. 23 cit. nicht finden. Eichhoff hält Mommsen entgegen, dass der ganze Bau des Fragments die Beziehung des quibusdam zu servi ablehne. Ich habe das nicht empfunden, wohl ebensowenig wie Oertmann. Mag man immerhin quibusdam auf negotia im Anfang beziehen, die Beziehung zu novum negotium aber scheint mir mindestens ebenso fraglich wie die auf servi. Übrigens liegt der Gedanke eines kasuellen Schadens bei Beziehung zu negotia noch ferner.

3) l. 25 D. pro socio 17, 2, Paulus libro VI ad Sabinum. Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia eius periisset, quod in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset; et hoc ex appellatione Imperator pronuntiavit.

Wenn der Gesellschafter der Gesellschaft durch eine Handlung Vorteil, durch eine andere Nachteil verschafft, findet keine Aufrechnung statt. Es liegen nicht nur keine Gründe zur compensatio vor, sondern die Verhältnisse bei der societas sprechen auch noch besonders dagegen. Ebenso l. 26 eodem.

4) l. 30 D. pro socio 17, 2. Paulus libro VI ad Sabinum. Mucius libro quarto decimo scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem

ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societatesit, omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

Die Stelle hat mit der compensatio lucri cum damno nichts zu thun. Paulus entwickelt die Frage nach der Anteilnahme an Gewinn und Verlust im Gesellschaftsrecht, und dabei erklärt er, dass die Bilanzziehung ergäbe, ob Gewinn oder Verlust vorhanden sei. Nicht die einzelnen Nachteile und Vorteile kämen in Betracht, sondern das Resultat des ganzen Unternehmens. Daher ist hier eine Erörterung darüber, ob lucrum und damnum durch eine oder mehrere Handlungen entstanden sind, nicht am Platz. Die l. 30 fasst nur das Resultat, nicht seine Entstehung ins Auge[1].

5) l. 2 § 44 D. ad S. C. Tertullianum. Ulpianus libro XIII ad Sabinum . . . § 44. Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub condicione sit relictum: si tutores non habuerit, et propterea ei mater non petierit, ne condicione deficeretur, an Constitutio cessat. Et puto cessare, si damnum minus sit cumulo legati, quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum; et putat, dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno quam in legato, nisi forte quis putet, condicionem hanc quasi utilitati publicae oppugnantem remittendam.

Wie aus l. 1 § 6 D. 27, 8 hervorgeht, haftet der Magistrat, wenn er trotz Mahnung dem Mündel keinen Vormund gegeben hat, für allen daraus entstandenen Schaden. In l. 2 § 44 wird nun der Fall erörtert, dass dem Mündel ein Legat unter der Bedingung si tutores non habuerit hinterlassen ist und der Magistrat seine Pflicht in Bezug auf die Bestellung eines Vormunds versäumt hat. Findet Aufrechnung statt? Der Jurist

[1] So Oertmann 10, Larenz 18; a. A. Cohnfeldt S. 171.

bejaht es. Die Bedingung lässt eine doppelte Auffassung zu. Entweder beabsichtigte der Erblasser, dass der Legatar keinen Vormund haben sollte und suchte dies durch ein Legat mit der entsprechenden Bedingung zu erreichen; dann ist die Bedingung als contra bonos mores nichtig, und die Entscheidung wird schon deshalb anders ausfallen. Oder der Erblasser wollte für das Mündel sorgen und vermachte ihm das Legat unter der Bedingung; dann liegt der Fall dem gleich, dass C dem von B geschädigten A eine Summe aus Mitleid für A schenkt, vergl. S. 47 u. 49. Auch hier würde man wohl anders als l. 2 entscheiden. Wir müssen also entweder die Entscheidung beanstanden oder in dem darin enthaltenen Rechtssatz — und das liegt nahe wegen der magistratus — ein ius singulare sehen. Möglich ist schliesslich auch, dass der Jurist deshalb die Anrechnung will, weil nach seiner Ansicht der Erblasser gleichzeitig das Interesse des Magistrats im Auge gehabt habe, und dass er die Auszahlung des Legats als Erfüllungshandlung eines Dritten auf die Ersatzschuld ansieht. — Übrigens wird der Inhalt einer etwaigen Schadensersatzschuld in der l. 2 § 44 nur gestreift.

6) l. 42 D. pro socio 17, 2. Ulpianus libro XIV ad Sabinum. Quodsi ex stipulatu eam [poenam] consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet, poena ei in sortem imputata.

Es handelt sich darum, ob die gezahlte Konventionalstrafe auf den mit der actio pro socio geltend gemachten Anspruch angerechnet wird. Die Frage regelt sich aus dem Wesen der Konventionalstrafe. Die poena ist nicht lediglich vereinbarte Privatstrafe, sondern gleichzeitig Erfüllungsleistung auf die Schadensersatzschuld. Wäre sie bloss Strafe, so widerspräche Anrechnung derselben, und es könnte auch dann keine Rede von compensatio lucri cum damno sein.

7) l. 36 § 5 D. De hereditatis petitione 5, 3. Paulus

libro XX ad Edictum . . . . § 5. Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt.

Der Erbschaftsbesitzer darf, wenn er die Früchte herausgeben muss, für die auf ihre Gewinnung gemachten Verwendungen Ersatz verlangen, und er kann, falls er wegen Unmöglichkeit der Herausgabe Entschädigung leisten muss, den ihm gebührenden Betrag aufrechnen. Oertmann sieht in Letzterem eine compensatio l. c. d., und man kann ihm darin beistimmen, wenn man in der Fruchterstattung selbst eine Schadensausgleichung sieht. Sonst darf man beide Fälle nicht trennen. Übrigens kann fructus deductis impensis hier auch, und das ist wohl das Wahrscheinlichere, besagen, dass Frucht als Nettogewinn anzusehen sei, wobei fructus nicht als Naturalfrucht, sondern als wirtschaftlicher Ertrag in allgemeinerem Sinn angesehen werden muss. Dann gehört die gegenseitige Aufrechnung in den Begriff der fructus, und man kann überhaupt nicht von compensatio lucri cum damno sprechen[1]. Vergl. l. 30 § 1 D. 21, 1.

8) l. 42 D. de act. emti et vend. 19, 1. Paulus libro II Quaestionum. Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit et ita utrumque uno pretio tradiderit et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum centum iugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint; et de his ito apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari. Utique, si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat quam repromissum est, an non facit dolo, qui iure perpetuo utitur? Nec enim hic, quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet, et tunc tenetur

[1] Larenz sieht in diesen Fällen gewöhnliche compensatio vorliegen, a. a. O. S. 12.

venditor, cum minor modus invenitur. Videamus tamen, ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus inveniat in vinea quam in prato, cum universus modus constat. Similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et si quis duos statu liberos uno pretio vendat et dicat unum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat; nam et hic tenebitur ex emto actione, quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est, in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari, et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri.

Im vorliegenden Fall sind 2 Grundstücke für einen Gesamtpreis verkauft. Massgebend für den Preis war die Grösse des Areals. Wenn hier im Widerspruch mit den Angaben des Verkäufers das eine Grundstück kleiner, das andre grösser als angegeben ist, so entscheidet doch den Intentionen der Parteien entsprechend das Gesamtmass. Für die Schadensersatzpflicht und für die compensatio l. c. d. giebt die Stelle nichts her. Es handelt sich hier um die Erfüllung beim Kaufvertrag. Darüber darf uns auch nicht die hier grade besonders scharf hervortretende Wendung lucrum cum damno compensari hinwegtäuschen[1]. Damnum bezeichnet hier nicht den durch die falsche Angabe entstandenen Schaden, sondern lediglich das Fehlende an dem einen Erfüllungsgegenstand, das minus, wie umgekehrt lucrum den Überschuss, das plus, beim andern. Beide sind auszugleichen. Erst was dann fehlt (si quid deest), kann als Mangel an der Erfüllung Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung zur Folge haben und dabei Inhalt eines Schadens bilden. Die compensatio liegt im Rahmen der Erfüllung, nicht in dem des Schadensersatzes. Darum sind auch alle Untersuchungen, ob es sich hier um durch eine oder mehrere Handlungen

[1] Deshalb ist es m. E. auch so merkwürdig nicht, dass von den Älteren ausser Mommsen keiner der l. 42 cit. bei Besprechung der c. l. c. d. gedenkt, vergl. Eichhoff S. 27 Anm. 14.

bezw. Thatsachen entstandene Vorteile oder Nachteile handelt, überflüssig. Ebenso liegt der zweite in l. 42 entschiedene Fall beim Verkauf der statu liberi, wenn nach den Angaben des Verkäufers der Käufer von den Sklaven für die Erlangung der Freiheit von jedem 10 erhalten soll, thatsächlich aber von einem 15, vom andern 5 erhält. Die Entscheidung wird stets gleich lauten, wo der Gegenstand nach Mass, Zahl und Gewicht verkauft wird. Sie würde auch bei Eviktion zutreffen, z. B. in folgendem Fall: es werden zwei Säcke Korn verkauft; der eine soll 100, der andere 30 enthalten. Verkäufer ist nur verpflichtet, 130 zu liefern, und dem Käufer kommt es nur darauf an, 130 zu erhalten. Thatsächlich enthält der eine Sack 130, der andere 30. Letzterer wird evinziert. Sowie es sich um eine Spezies handelt, also der einzelne Gegenstand als solcher in Betracht kommt, wird die Entscheidung anders lauten[1]. Vergl. z. B. l. 47 D. 21, 2 und code civ. 1623; Bad. Landr. 1623.

9) l. 19 § 9 D. loc. cond. 19, 2 Ulpianus libro XXXII ad Edictum, § 9. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: Cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

A hat dem B seine Dienste vermietet; B ist gestorben, und A, der die im Vertrag festgesetzte Zeit zur Disposition gestanden hat, verlangt Lohn. Derselbe wird

[1] Oertmann S. 15 sieht den Unterschied zwischen l. 47 u. 42 darin, dass es sich in einem Fall um Wert, im andern um reales Quantum handelt. Praktisch laufen Oertmanns und die vorstehende Auslegung auf dasselbe hinaus. Im Wesentlichen ebenso Mommsen a. a. O. S. 194; Dernburg „Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht", 2. Aufl. 1868 S. 82; Larenz 20; Eichhoff 20 ff.

ihm zugesprochen, doch muss er sich anderweitig gemachten Verdienst anrechnen lassen. Larenz sieht hierin compensatio lucri cum damno[1]. Die Entscheidung beruht indessen wohl auf andrem Gesichtspunkt. Vergl. S. 69.

Eichhoff führt noch l. 15 § 4 D. 19, 2 für die compensatio bei Vorteilen und Nachteilen, die aus verschiedenen Handlungen hervorgegangen sind, an; es handelt sich jedoch auch dort, wie bereits Eichhoff S. 33 f. hervorhebt, um einen singulären Fall.

Schliesslich ist noch auf die ll. 25 § 8, 60 § 2 D. 19, 2; l. 12 D. 42, 1; l. 53 § 3 D. 47, 2 und l. 22 § 1, 2 C. 6, 2 hinzuweisen, in denen der Ersatzberechtigte verpflichtet wird, dem Ersatzpflichtigen nach Erfüllung der Schadensersatzschuld die gleichzeitig gegen Dritte erwachsenen Klagen abzutreten. Wenn in diesen Stellen auch nicht von einer compensatio lucri cum damno die Rede ist, so zeigen dieselben doch, dass die Römer bei der Schadensersatzlehre durchweg von dem Gedanken ausgegangen sind, dass der Ersatzpflichtige sich die durch das verpflichtende Verhalten verursachten Vorteile zu Nutze machen darf. —

Ich glaube, dass die vorstehenden Stellen genügenden Beweis für die Richtigkeit der an die Spitze gestellten Behauptungen liefern. Überall finden wir kasuistische Entscheidungen, nirgends generelle Prinzipien. Nun können wir aber unsre oben vom heutigen Rechtsstandpunkt gegebene Entwickelung zur Vergleichung heranziehen und untersuchen, ob die Quellenstellen von derselben abweichen. Da sich hierbei herausstellt, dass keine einzige Entscheidung zu derselben im Widerspruch steht, so können wir wenigstens die Vermutung aussprechen, dass auch die Römer von demselben Grundgedanken ausgegangen sind, nämlich dass bei solchen Vorteilen und Nachteilen, welche durch verschiedene

[1] Vergl. Eichhoff S. 19.

Handlungen entstanden sind, im Prinzip keine Aufrechnung stattfindet; dass dagegen die Folgen eines und desselben Verhaltens einheitlich zu behandeln sind und deshalb dem Schädiger zu gestatten ist, die vorteilhaften sich zu Nutze zu machen.

Es wurde oben bemerkt, dass wir aus der Behandlungsweise der Folgen eines Verhaltens, m. a. W. aus der Behandlung der compensatio lucri cum damno bei Vorteilen und Nachteilen aus einem Verhalten Rückschlüsse auf den Schadensbegriff machen könnten. Bei dem geringen uns zu Gebote stehenden Quellenmaterial ist uns das für das römische Recht leider nicht möglich. Die einzige Stelle, die man wenigstens mit Sicherheit hierher rechnen kann, ist die l. 2 § 44 D. 38, 17, und in dieser könnte man freilich das dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno quam in legato für die Differenztheorie verwerten. Indessen ist es wohl sehr gewagt, dieser überaus fraglichen Stelle allzuviel Gewicht beizulegen. — Auch in Betreff der gerichtlichen Geltendmachung geben die Stellen wenig her. Es wird überall in den verschiedensten Wendungen ausgedrückt, dass der Beklagte die Vorteile haben soll; bald heisst es absens pensare debet, bald compensari debet, vergleiche dazu auch actiones te ei praestare compellet (l. 60 § 2 D. 19, 2). Ob aber in der Forderung der gesamten Nachteile ohne Abzug der Vorteile von vornherein eine plus petitio liegt oder ob die Vorteile durch exceptio doli geltend zu machen sind, bleibt dahingestellt. Die Analogie aus l. 42 D. 19, 1 spricht wohl gegen die plus petitio. Bei den bonae fidei iudicia liegt eine Beachtung von Amtswegen sehr nahe wegen des Satzes exceptio doli bonae fidei iudiciis inest.

Die deutschrechtlichen Quellen der älteren Zeit behandeln die Frage der Aufrechnung von Vorteilen und Nachteilen bei Schadensersatzleistung nicht. Die mittelalterlichen, romanistischen Rechtslehrer kennen zwar

bereits die „compensatio lucri cum damno“, berühren sie aber nur gelegentlich der Quellenstellen, ohne sich irgendwie in allgemeinere und eingehende Erörterungen über die Rechtsfrage einzulassen. Auch die neueren Gesetzbücher haben durchweg keine allgemeinen Bestimmungen über die compensatio lucri cum damno. Für Vorteile und Nachteile, die aus mehreren Handlungen entstanden sind, finden sich Bestimmungen bei der negotiorum gestio und bei der societas; bei ersterer wird die compensatio l. c. d. (ausnahmsweise) zugelassen, bei letzterer ausdrücklich abgelehnt. So bestimmt ALR. I 13 § 258: „Wer nach obigen Grundsätzen wegen der Einmischung in fremde Geschäfte einem andern zur Schadloshaltung verhaftet wird, ist allemal befugt, den demselben verschafften Vorteil in Gegenrechnung zu bringen“, vergl. § 254, ebenso Badisches Landrecht 1344a, dagegen fehlt die Vorschrift in den übrigen Gesetzen; für die Gesellschaft ALR. I 17 § 215, „Ein Gesellschafter kann sich von seiner Verbindlichkeit zum Schadensersatze dadurch nicht befreien, dass er der Gesellschaft in andren Fällen besondere Vorteile erworben hat“, ebenso code civil 1850; Bad. Landrecht 1850; österreich. BGB. § 1191; schweizer. Obligationenrecht Art. 538; altes HGB. Art. 94. Das BGB. hat ebenfalls keine Bestimmungen für die compensatio lucri cum damno. Die genannte Vorschrift im Gesellschaftsrecht ist als selbstverständlich fortgelassen[1]. Wie in den Motiven zum BGB.[2] ausdrücklich ausgesprochen ist, wollten die Verfasser des Gesetzes die compensatio l. c. d. der Theorie und Praxis überlassen wissen, vergl. M. II S. 18: „Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern

[1] Vergl. Denkschrift zum Entwurf eines HGB. S. 257, in den Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdan.

[2] Motive zum Entwurf eines Bürg. Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe.

bei Schadensersatzansprüchen der Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den schadenbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Anrechnung zu bringen sei (compensatio lucri cum damno), muss der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden". Von einigen werden die §§ 324, 615 und 649 des BGB. in die Schadensersatzlehre hineingezogen, wobei dann der Gedanke einer compensatio l. c. d. naheliegt[1]. Dem ist nicht beizustimmen. Die genannten Paragraphen behandeln die Anrechnung von Ersparnissen und anderweitigem Verdienst auf die Gegenleistung im Falle der Unmöglichkeit eigner Leistung. Zuzugeben ist, dass in den Ersparnissen und in dem „Wiedergewinn der freien Verfügung" ein Vorteil liegt und dass beide eine Folge des Verhaltens sind, durch welches die Leistung unmöglich wurde. Man kann aber doch zweifellos nicht nach Belieben Gegenleistung mit Schadensersatzsumme identificieren. Dass diesen Fällen ebenso wie der compensatio l. c. d. das gemeinsame höhere Prinzip zu Grunde liegt, dass der Berechtigte sich nicht ungerechtfertigt auf Kosten des Verpflichteten bereichern soll, ändert nichts an der Sachlage. Wenn man schliesslich auch bei §§ 324, 615 und 649 in der Gegenleistung eine Schadensersatzleistung sehen wollte, so ist doch diese Auffassung unter allen Umständen in § 552, wo bei der Miete die gleiche Anrechnung vorgeschrieben ist, völlig ausgeschlossen. § 552 zeigt klar, dass wir es in allen vier Paragraphen mit einer von der compensatio lucri cum damno zu trennenden Anrechnung zu thun haben, die ihre Ausgestaltung aus dem Wesen der gegenseitigen Verträge erhält[2]. Im § 616, wo gleichfalls eine An-

[1] Vergl. Endemann I S. 557, der hier von einheitlicher Feststellung des Schadens unter Gegenrechnung des Vorteils redet, jedoch in Zweifel zieht, ob hier mit Vorteil von einer compensatio l. c. d. gesprochen werden könne.

[2] Vergl. bez. § 324 d. Mot. I S. 209. — Vergl. auch §§ 642 und 649 BGB.

rechnungspflicht begründet wird, handelt es sich um Lohnanspruch, nicht um Schadensersatz[1]. Im Gegensatz hierzu liegt, wenn auch nicht eine compensatio lucri cum damno, so doch ein Parallelfall in § 255 des BGB. vor „Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen." Das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten verursacht zugleich Vorteile, nämlich die Ansprüche, die aus der Verletzung entstehen. Diese Vorteile muss sich unsrer Entwickelung entsprechend der Ersatzpflichtige herausgeben lassen dürfen, und das bestimmt auch das Gesetz in § 255. Bei der Differenztheorie müssten diese Vorteile gewertet und in die Differenz gebracht werden. Wenn das nun auch aus praktischen Gründen nicht möglich ist, so liegt es dann doch nahe, dass ein Übergang der Ansprüche von Rechtswegen stattfinde. Einen solchen bestimmt das BGB. nicht, vielmehr gewährt es dem Verpflichteten nur ein Recht auf die Vorteile. Darin liegt m. E. ein nicht zu unterschätzendes Moment dafür, dass das BGB. bez. des Schadens wenigstens hier nicht auf dem Standpunkt der Differenztheorie steht, und ferner dafür, dass die Vorteile auch bei der compensatio lucri cum damno nicht von Amtswegen zu berücksichtigen sind.

Schliesslich könnte man noch eine compensatio l. c. d. in § 430 HGB.[2] und den analogen Fällen im Seerecht sehen. § 430 lautet „Muss auf Grund des Frachtvertrags von dem Frachtführer für gänzlichen oder teilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Wert zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Ort der Ablieferung in dem Zeitpunkte hatte, in welchem die Ablieferung zu bewirken

[1] Vergl. Oertmann Kommentar S. 337. — Vergl. § 63 HGB.
[2] Vergl. § 457 HGB.

war; hiervon kommt in Abzug, was in Folge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht erspart ist.“ Zunächst ist hier darauf hinzuweisen, dass das Gesetzbuch in § 430 dem Schädiger keine Schadensersatzpflicht in unsrem Sinne auferlegt. Vielmehr haben wir hier einen Fall blosser Schadensbeseitigung. Bei der Schadensersatzpflicht im gewöhnlichen Sinne müsste der Ersatzpflichtige alle durch sein Verhalten entstandenen Nachteile beseitigen. Schon aus diesem Grunde kann in § 430 d. HGB. von einer compensatio lucri cum damno, wie wir sie beim Einstehen für die aus einem bestimmten Verhalten entstandenen Folgen entwickelt haben, keine Rede sein. Für die Berechnung des Schadens stellt das Gesetz eine besondere Vorschrift auf. Da in dem Preise am Ablieferungsort die Zölle und sonstigen Unkosten, desgl. die Fracht, enthalten zu sein pflegen, so würde der Ersatzberechtigte, der diese erspart, durch Leistung des vollen Preises eine ungerechtfertigte Bereicherung machen. Um das zu verhüten, wird die Anrechnung vorgeschrieben. Man hat in der Bestimmung wohl eine Ergänzung der Wertungsvorschrift zu sehen. Will man aber eine compensatio l. c. d. annehmen, weil Vorteil und Nachteil durch dasselbe Verhalten entstanden sind, so muss man sie jedenfalls als singulären Fall der ersten Gruppe an die Seite stellen.

In der Litteratur ist die Scheidung zwischen Vorteilen und Nachteilen, die durch eine Handlung, bezw. ein und dasselbe Verhalten, und solchen, die durch mehrere Handlungen entstanden sind, für die compensatio lucri cum damno in unsrem Jahrhundert bei den meisten Schriftstellern streng durchgeführt. Es empfiehlt sich, auch hier beide Gruppen getrennt zu behandeln.

I. compensatio lucri cum damno bei mehreren Handlungen.

1) Fritz, Erl. S. 73 will sie zulassen, wenn es sich um kasuellen Schaden handelt. Eine innere Berechtigung zur compensatio gewährt dieser Grund nicht, mag auch die compensatio in manchen derartigen Fällen der Billigkeit entsprechen. Die Auffassung stützt sich im Übrigen auf die Quellen, die das behauptete Prinzip nicht hergeben[1].

2) von Vangerow III 571 Anm. 1 unterscheidet im Anschluss an Faber, ob die Handlung, aus welcher der in Frage stehende Vorteil hervorging, „ganz freiwillig" ist, oder ob durch die Vornahme derselben der Handelnde nur seine Pflicht erfüllte. In letzterem Fall lehnt er sie ab. Der Umstand, dass eine Handlung freiwillig für einen andern vorgenommen wurde, begründet jedoch für sich genommen nach heutigem Recht keinen Anspruch auf Vergütung. Deshalb darf ein solcher auch nicht mittelbar durch Zulassung der compensatio l. c. d. herbeigefürt werden.

3) Von allen übrigen Schriftstellern wird die Aufrechnung hier prinzipiell, und zwar ganz besonders von den neueren mit aller Entschiedenheit, abgelehnt. Wo diese compensatio ausnahmsweise im Recht vorkommt, erklären sie dieselbe für eine Singularität.

II. compensatio lucri cum damno bei Vorteilen und Nachteilen, die durch eine Handlung bezw. ein und dasselbe Verhalten entstanden sind.

Für diese compensatio muss die Auffassung, die man in Betreff des Schadens hat, von grundlegender Bedeutung sein.

1) Mit vollem Recht erklären die Vertreter der Differenztheorie von ihrem Standpunkt aus, dass hier deshalb, weil überhaupt nur die Möglichkeit der Existenz oder der Nichtexistenz eines Schadens bestehe, von einer compensatio lucri cum damno unmöglich die Rede sein

[1] Vgl. oben S. 59 f.

könne, so Vangerow, Voigt, Windscheid, Hasenöhrl, Eichhoff[1], und wenn auch nicht im Ausgangspunkt völlig übereinstimmend, so doch bez. der compensatio Cohnfeldt, auch Regelsberger; ferner von den neueren Endemann, Planck, Rümelin und Enneccerus-Lehmann[1]. Mommsen, dessen Ausführungen[2] für die Praxis gradezu grundlegend gewirkt haben, geht für die Frage vom Interesse aus und kommt dann völlig zu demselben Resultat: „Die zur Leistung des Interesse verpflichtende Thatsache kann aber auf der einen Seite dem Beschädigten einen Schaden zugefügt oder einen Gewinn entzogen, auf der andern Seite ihm einen Vorteil gebracht oder einen Nachteil von ihm abgewendet haben." . . . „Das Natürliche und eigentlich ganz von selbst sich Verstehende ist, dass Beides zusammengerechnet wird. Denn in der That besteht die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensbestande des Beschädigten und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft des beschädigenden Ereignisses gehabt hätte, nur in dem Schaden nach Abzug des lucrum. Würde das letztere nicht in Abzug gebracht, so würde dem Beschädigten durch die Erstattung des Interesse eine Bereicherung zu teil werden, während doch die Erstattung des Interesse nur den Zweck hat, einen Nachteil von dem Beschädigten abzuwenden. Die inneren Gründe sprechen also für eine Zusammenrechnung des Schadens und des Vorteils." Indem so das Interesse als durchaus einheitlicher Begriff genommen wird, kann dasselbe für die

---

[1] von Vangerow III 571 Anm. 1; Voigt III S. 489 f.; Windscheid II S. 258 N. 4; Hasenöhrl S. 254; Eichhoff S. 16; Cohnfeldt S. 169; Regelsberger in von Holtzendorff Rechtslexikon Artikel „Schadensersatz"; Endemann, Lehrbuch I S. 557; Planck II S. 23; Rümelin, Arch. f. d. ziv. Pr. B. 90, vergl. S. 276 f. und sonst gelegentlich. Enneccerus-Lehmann I. 371.

[2] Mommsen II S. 191 ff.

Schadensersatzlehre ohne Bedenken mit dem Schaden der Differenztheorie identifiziert werden. Gegen alle genannten Schriftsteller ist auf die oben (S. 10 ff.) entwickelten Schwierigkeiten hinzuweisen, welche gegen ihren Schadensbegriff und damit auch gegen ihre Auffassung bez. der compensatio lucri c. d. sprechen. Im Einzelnen weichen sie insofern von einander ab, als sie in Bezug auf die Ursache der entstandenen Differenz von verschiedenen Momenten, wenn auch stets von einem Einzelmoment ausgehen, wie in Folgendem sich näher ergeben wird.

a) Vangerow nimmt als Ausgangspunkt die „Handlung"; dem ist entschieden beizupflichten, denn der Begriff der Handlung lässt eine auch im praktischen Leben durchaus klar erkennbare Abgrenzung zu. Ebenso M. Rümelin[1].

b) Mommsen, Windscheid, Cohnfeldt, Hasenöhrl und Eichhoff wählen die „Thatsache". Die Abgrenzung wird hier schon schwieriger, da im Einzelfall oft nicht leicht zu entscheiden sein wird, ob eine oder mehrere Thatsachen vorliegen. Das gilt in noch höherem Masse von Plancks „Umstand". Der von Oertmann geltend gemachte Gegensatz zwischen Mommsen („verpflichtende Thatsache") und den übrigen (bloss „Thatsache") ist wohl erst von Oertmann hineingetragen. M. E. giebt aber Oertmanns Entwickelung diesbezüglich einen sehr guten Beweis für die Unklarheit des Begriffs „ein und dieselbe Thatsache". Wenn aber Thatsache, und das gilt auch für Ereignis, nur ein zusammenfassender Ausdruck für Handlung, Unterlassung und, wo der Schaden nicht auf eine bestimmte Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist, Verhalten sein soll, dann ist diese Ansicht mit der unter a identisch, und es ist nichts gegen sie einzuwenden.

[1] Rümelin giebt in genannter Schrift bez. der compensatio l. c. d. nur eine Übersicht, da es ihm nur auf die Verwertung seiner Theorie über den adäquaten Kausalzusammenhang dabei ankommt.

c) Voigt lässt die Entscheidung davon abhängen, ob der Erwerb innerhalb desjenigen Rechtsverhältnisses an dem einen Gut gemacht sei, innerhalb dessen an dem andern eine Einbusse erlitten ist. So vereinigt er in der Formel beide Gruppen. Das führt viel zu weit, und Voigt sieht sich deshalb selbst zu einer Einschränkung genötigt: Bei Kontrakten dürfe der Erwerb, der durch eine Handlung des Schädigers vermittelt werde, worin lediglich Erfüllung einer Kontraktspflicht enthalten sei, nicht abgerechnet werden. Auch so bleibt der praktische Wert dieser Formulierung noch überaus fraglich.

2) Dernburg erklärt im Preuss. Privatrecht II S. 187, nachdem er gleichfalls für Fall I die compensatio im Prinzip abgelehnt hat, „eine grundsätzlich verschiedene Frage ist, wie der infolge einer Rechtsverletzung . . . erwachsende Schaden zu berechnen ist, wenn dieselbe nicht bloss Nachteile, sondern auch Vorteile im Gefolge hatte. Hier ergiebt in der Regel erst das Gesamtresultat, ob Schaden vorhanden ist[1].“ Mit Recht bemerkt schon Oertmann (S. 3) hierzu, dass man mit dieser „etwas kautschukartigen“ Bestimmung wohl nicht viel anfangen könne. Das Gleiche kann man von der Formulierung bei Staudinger[2] sagen, der sich Dernburg völlig anschliesst. Erheblich präziser ist die Darstellung in Dernburgs Bürgerliches Recht des Deutschen Reiches und Preussens[3] „hat dasselbe Ereignis Schaden und Vorteil gebracht oder steht beides in einem inneren Zusammenhang, so findet Aufrechnung statt“. Man wird aber auch bei dieser Fassung noch mit Matthiass[4] zu fragen haben, welcher Art dieser innere Zusammenhang sein muss, um die compensatio zu rechtfertigen.

---

[1] Ebenso Pandekten II § 45 S. 127 u. Anm. 12 S. 128.

[2] Kommentar zum BGB., vergl. § 249.

[3] B. II S. 74.

[4] Lehrbuch I S. 349 Anm. 1.

3) Cosack[1] erklärt „Oft bringt ein und dasselbe Ereignis einer Person zugleich Schaden und Gewinn. Dann kann, wer den Geldwert des Schadens zu erstatten hat, regelmässig den Geldwert des Gewinns abziehen.“ Diese Fassung muss in ihrer Kürze nach allen Richtungen hin für einwandfrei erklärt werden. Doch ist grade wegen der Kürze nicht bestimmt zu erkennen, welche Stellung Cosack zu den Einzelfragen, zu denen Schadensbegriff und compensatio l. c. d. Anlass geben, nimmt. Letzteres gilt auch für Schollmeyer[2]. Matthiass giebt keine generelle Lösung der Frage.

4) In den letzten Jahren sind schliesslich auch drei monographische Bearbeitungen der Frage, sämtlich unter dem Titel compensatio lucri cum damno erschienen.

a) Eine Dissertation von Larenz 1896. Larenz ist der Ansicht, „dass man die Frage nicht nach strengen Grundsätzen entscheiden kann, sondern dass in jedem einzelnen Falle nach Billigkeitserwägungen entschieden werden muss, die eine Zusammenstellung in engen und präzisen Formeln nicht ertragen“. Mit diesem rein negativen Resultat dürfte schwerlich eine Förderung des Problems der compensatio lucri cum damno erlangt sein.

b) Eine Dissertation von Eichhoff 1898. Eichhoff, der in dem Schaden eine Vermögensdifferenz sieht, beschränkt den Ausdruck compensatio lucri cum damno auf Nachteile und Vorteile, die durch mehrere Handlungen entstanden sind, und demgemäss seine Arbeit auf diese Fälle. Hier lehnt er (vergl. S. 22) die compensatio l. c. d. im Prinzip ab.

c) Am eingehendsten wird die compensatio in der Abhandlung von Oertmann (1897) behandelt. Oertmann geht bei seiner Entwickelung von dem Fall schuldhafter Tötung eines Pferdes, welche eine völlige Vernichtung des bisherigen Objekts und Eintritt eines neuen, des Kadavers, in das Vermögen des dominus zur

[1] Lehrbuch I S. 315.

[2] Kommentar z. BGB. S. 39.

Folge habe, aus. „Da nun freilich der Schädiger nach der entwickelten Rechtsanschauung nicht sowohl den Sachwert, als vielmehr das davon meist verschiedene Interesse d. h. die durch die That eingetretene Vermögensverminderung ersetzen muss, so ist die Ersatzpflicht eine einheitliche: aber doch nur auf Grund der den Wert des Pferdes einerseits und des Kadavers andrerseits abschätzenden und diesen von jenem abziehenden rechnerischen Operation. Und das ist eben compensatio lucri cum damno.“ Wenn ich Oertmann recht verstehe, nimmt er hier Interesse im juristischen, nicht lediglich wirtschaftlichen Sinn als einheitlichen Begriff, und er würde somit Mommsen und den Vertretern der Differenztheorie an die Seite zu stellen sein. Grade bei einer der praktisch wichtigsten Fragen, der Durchführung im Klagewege, verlässt Oertmann jedoch diesen Standpunkt, indem er in einer m. E. mit der begriffsgemässen Einheit des Interesse im Widerspruch stehenden Weise die einzelnen Folgen trennt. Oertmann sagt am Schlusse seiner Abhandlung: „Wenn auch der Ersatzanspruch sich wegen des das Interesse mindernden lucrum ohne weiteres um soviel ermässigt und wenn auch im Allgemeinen der Beschädigte den Betrag seines Gesamtschadens zu erweisen hat, so gestaltet sich doch prozessualisch die Berufung auf das konkurrierende lucrum in der Regel als Einwand des Schädigers, für den er beweispflichtig ist. Denn wenn der Kläger die Momente behauptet und erwiesen hat, aus denen sich für ihn ein Schaden bestimmter Höhe ergiebt, so hat er das Seine gethan; soll durch daneben auftretende andre Momente demgegenüber ein lucrum erzielt sein und dadurch der Ersatzanspruch gemindert werden, so hat die Geltendmachung dieser rechtsvernichtenden bezw. rechtsmindernden Thatsachen vom Beklagten auszugehen[1].“

[1] Immerhin besteht jedoch im praktischen Resultat zwischen der Oertmann'schen und der hier vertretenen Theorie lediglich bez. der Charakterisierung der Einrede ein Unterschied.

Die Praxis hat im Anschluss an Mommsen, wie bereits oben dargethan, konsequent in Betreff des Schadens die Differenztheorie vertreten, ohne sich darum zu scheuen, auch bez. der in der Differenz aufgehenden Vorteile und Nachteile von compensatio lucri cum damno zu sprechen. Der Grundsatz „Ist durch eine und dieselbe, zum Schadensersatz verpflichtende Thatsache für den angeblich Beschädigten nicht nur ein Nachteil, sondern auch ein Vorteil entstanden, dann ist Schade nur das, was nach Abzug des Vorteils übrig bleibt, und kein Schaden erwachsen, wenn der Vorteil den Nachteil überwiegt" (Entsch. d. Reichger. B. 40 S. 174) findet sich in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen: Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts B. 1 S. 33; 18 S. 372; 22 S. 184; d. Reichsgerichts 10 S. 51; 13 S. 265; 40 S. 174; dann Bolze Prax. d. Reichsger. B. 23 S. 109 n. 217; Seufferts Archiv B. 10 n. 257; 34 n. 23 u. 245; 41 n. 172; 43 n. 269; 47 n. 99; 55 S. 154; Hanseatische Gerichtszeitung Beilage 23 n. 81 S. 136, Jahrg. 1889; Hamburgische Handelsgerichtszeitung 1875 Hauptblatt n. 93. Als einheitliches Entstehungsmoment wird bald Thatsache, bald Umstand (vergl. Entsch. d. Reichsoberhandelsger. B. 22 S. 184), bald Ereignis genannt. Trotz dieses prinzipiellen Standpunkts ist in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsger. B. 18 S. 372 und 22 S. 184 angenommen, dass die Vorteile vom Beklagten in Form der Einrede geltend zu machen und von ihm zu beweisen seien. Dagegen scheint in der bei Bolze B. 23 S. 109 mitgeteilten Entscheidung das Reichsgericht die Theorie konsequent durchgeführt zu haben: „Das Urteil, welches die Kosten des von der Beklagten unterlassenen Reinigung eines Teiches dem Kläger als Entschädigung zuspricht, wurde aufgehoben, weil es unterlassen hat zu begründen, dass dem Kläger nicht aus dem Schlamm ein die Abfuhrkosten übersteigender Vorteil an Düngungswert erwachsen ist. Es war nicht der Beklagten zu überlassen, diesen

Gewinn nachzuweisen. Vielmehr erscheint, wenn ein und dasselbe Ereignis ausser den Nachteilen auch Vorteil bringt, nur der Überschuss des Nachteils als Schade. Der Vorteil muss also mit in die Schadensberechnung aufgenommen werden. (VI 58/96 v. 18. Juni 1898.)" Also Kläger hat den Beweis bez. der Differenz und damit auch für das Nichtvorhandensein von Vorteilen zu führen?

Bei Vorteilen und Nachteilen, die nicht durch dasselbe Ereignis entstanden sind, lehnt auch die Praxis die compensatio lucri cum damno ab. Vergl. z. B. Bolze B. 19 n. 208 S. 121.

§ 4.

Die in § 2 gewonnenen Resultate bez. der compensatio lucri cum damno sind nunmehr an praktischen Rechtsfällen zu erproben. Wir werden dabei in vielen Fällen, wo die Theorie und Praxis eine compensatio l. c. d. annahm, finden, dass dort von einer solchen überhaupt nicht die Rede sein kann. Und grade darin, dass eben alles Mögliche unter die compensatio l. c. d. gezogen ist, liegt einer der wichtigsten Gründe dafür, dass bezüglich der Frage eine so überaus grosse Unklarheit herrscht. — Zunächst mögen noch zwei generellere Fälle eine kurze Erörterung finden.

In dem einen Fall handelt es sich darum, dass das schädigende Ereignis ein Rechtsgut verletzt, ohne es gänzlich zu vernichten, z. B. vom Wagen wird ein Rad abgebrochen; infolge einer Feuersbrunst brennt ein Haus halb nieder u. dgl. Es liegt keine Veranlassung vor, hier von der natürlichen Auffassung abzugehen, dass der Schaden lediglich in dem vernichteten Teile des Rechtsguts besteht. Sicher ist es, unrichtig zu sagen, der Schaden bestehe hier stets in dem Verlust des ganzen Rechtsguts, die Überbleibsel seien zur Aufrechnung kommende Vorteile. Theoretisch ist auch die Fassung zu verwerfen, dass als Schaden das ganze Gut nach Abzug des Restes anzusehen sei: nicht die Wert- bezw. körperliche Differenz, sondern das Verlorene unmittelbar bildet den Schaden.

Wie steht es nun bei der Tötung von Tieren, deren Fleisch, Haut u. s. w. noch zu verwerthen ist?

Oertmann sagt hierzu, dass die Tötung eine völlige Vernichtung des bisherigen Objekts und Eintritt eines neuen, des Kadavers, in das Vermögen des dominus zur Folge habe; dieses neue Objekt, dessen Erwerb als vorteilhafte Folge anzusehen wäre, sei dann in compensatio lucri cum damno zur Aufrechnung zu bringen.[1] M. E. liegt die Sachlage hier nicht anders als bei leblosen Gegenständen. An sich ist ja zuzugeben, dass das lebende Tier im Verhältnis zum toten ein aliud darstellt, und demgemäss würde ja Oertmann nichts entgegenzuhalten sein. Es kommt aber hierbei doch ganz darauf an, von welchem Standpunkt man ausgeht. In allen Fällen, wo das Tier als sese movens in Betracht kommt, ist das tote unzweifelhaft ein aliud. Wenn es sich aber um das Tier als wirtschaftliches Objekt handelt, muss man doch sagen, dass schon in dem lebenden Tier alle die Vorteile, die der Kadaver bietet, bereits enthalten sind und diese Vorteile bei der Tötung als Überreste anzusehen sind. Sonst müsste man ja annehmen, dass der Schlachter, der einen Ochsen lediglich und ausdrücklich um des Fleisches willen kauft, eine emptio rei speratae mit allen ihren Konsequenzen abschliesst. Nach unserer Auffassung hat Kläger den hier regelmässig zu wertenden Schaden in der Art zu beweisen, dass er die unmittelbare Einbusse, also den Wert des vernichteten Tieres abzüglich der Überbleibsel, darlegt. Nach Oertmann müsste der Beklagte durch Einrede die Berücksichtigung der Überbleibsel bewirken. Sodann ergeben sich besondere Schwierigkeiten, wenn der Geschädigte die Reste verkauft hat, z. B. B hat die Reste des von A getöteten Tieres (Wert 300 ℳ) für 120 ℳ an C, der die Reste zu einem dringenden Zweck eilends braucht, verkauft. Sie waren nach dem verkehrsüblichen Preise nur 60 ℳ wert.

[1] ebenso Rümelin S. 276, Schollmeyer S. 39.

Der Rest kommt nach Oertmann als Vorteil zur Aufrechnung; wie steht es nun bez. des hohen Preises? Hier muss die Kausalfrage hereingezogen werden, und die Lösung wird nicht leicht sein. Nach unserer Auffassung ist die Lösung einfach: nur der Wert der Einbusse ist zu ermitteln, praktisch geschieht das in der Weise, dass von dem Wert des Tieres, 300 ℳ, der Durchschnittswert der Reste ohne Berücksichtigung der besonderen Verwertung mit 60 ℳ abgezogen wird.

Der zweite Fall ist der, dass der Schaden in entgangenem Gewinn besteht. Gewinn bezeichnet die durch ein Unternehmen gewonnenen Vorteile, welche konkret in neuen Vermögensbestandteilen bestehen. Bei jedem Unternehmen ist gewöhnlich ein bestimmter Aufwand an Mitteln erforderlich, um den Gewinn zu machen. Dieser Aufwand steckt dann in dem gewonnenen neuen Gegenstand, sodass nur der Überschuss der Gewinn ist. Hier gelangt man also thatsächlich zu einer Differenz. Wenn nun der Gewinn entgeht, derart dass der Schaden in dem entgangenen Gewinn besteht, so darf diese Differenz nicht in den Schaden herübergenommen werden. Der Schaden liegt in dem entgangenen Gewinn als Einheit, die Differenz in dem Gewinn, z. B. Ich habe Waren, die ich in X, meinem Wohnort, zu 10000 ℳ gekauft habe, in Y für 13000 ℳ wieder verkauft, jedoch auch die Kosten des Transports nach Y und andere Unkosten in Höhe von 1000 ℳ übernommen. Wenn nun infolge eines schädigenden Ereignisses der Verkauf rückgängig wird und ich um den Gewinn komme, so besteht mein Schaden nicht in 3000 ℳ (Bruttoüberschuss), sodass ich daneben einen in der Schadensbeseitigung zur Ausgleichung gelangenden Vorteil von 1000 ℳ durch das schädigende Ereignis habe, sondern in dem entgangenen Gewinn (Nettoüberschuss); dieser aber beträgt nur 2000 ℳ.

1) Kaufmann A in Hamburg kauft am 1. April von der Firma B in New-York für 1200 ℳ Waren, lieferbar

am 1. Oktober (kein Fixgeschäft). B liefert nicht. Erfüllungsort ist New-York. Die Transportkosten von N nach H belaufen sich auf 200 ℳ. Es sind folgende Eventualitäten zu erwägen.

a) A nimmt in Hamburg drei Deckungskäufe vor; zu 400, 700 und 300 ℳ. Gewöhnlich pflegt man hier zu sagen, dass der Schaden in der Differenz zwischen Kauf- und Deckungskaufpreis bestehe, wobei die bei günstigen Deckungskäufen erzielten Vorteile, sofern mehrere Deckungskäufe abgeschlossen sind, zur Aufrechnung kommen (compensatio lucri cum damno).[1] Ich halte das nicht für richtig. Für den durch den Deckungskauf erzielten Vorteil ist wohl die Nichterfüllung condicio sine qua non, insofern der auf den Deckungskauf gerichtete Gedanke durch das zum Ersatz verpflichtende Verhalten hervorgerufen ist. Der auf die freie Willensbestimmung des A zurückführbare Entschluss des Deckungskaufes ist aber ebenfalls condicio sine qua non, die nach unsrer Entwickelung S. 46 f. als entscheidend für die Zurechnung der Vorteile angesehen werden muss. Daher liegt hier keine compensatio l. c. d. vor. M. E. sind die Deckungskäufe in ganz andrer Weise mit der Nichterfüllung in Verbindung zu setzen. Für die Ersatzleistung müssen die Leistungsgegenstände gewertet werden, und diesen zu findenden Wert kann man, abgesehen von andren Möglichkeiten, z. B. Markt- und Börsenpreis, aus den Deckungskäufen entnehmen. So ersehen wir oben aus den Deckungskäufen, dass der Wert der gesamten Waren 1400 ℳ beträgt — der Schaden beläuft sich also auf 200 ℳ. Dass der Käufer häufig gezwungen ist, die Deckungskäufe vorzunehmen, um grösseren Schaden zu verhindern[2], ist für die Frage ohne Einfluss. — Wie steht es nun mit den ersparten Unkosten in Höhe von

[1] vergl. Oertmann S. 26, Rümelin S. 267 f., Dernburg Bürgerliches Recht II S. 74, u. a., dazu Entsch. d. Reichsger., B. 15, S. 73.

[2] vergl. Dernburg Pandekten II S. 127 und BGB. § 254.

200 ℳ? Auch hier liegt es wieder nahe, von compensatio l. c. d. zu reden. Vorstehenden Falles — und so wird es sich gewöhnlich verhalten — bildet aber für die Ersparnis die Nichtleistung gar keine condicio sine qua non, ja es ist überhaupt fraglich, ob eine Ersparnis vorliegt. A konnte die Waren in N verwerten; es lag ganz in seinem Belieben, ob er sie überhaupt nach H schaffen wollte. Trotzdem kommen bei Deckungskauf in H die 200 ℳ eventuell aus anderem Grunde in Ansatz. B darf mit Rücksicht auf die 200 ℳ unter Umständen die Wertung beanstanden. Es kann nämlich der höhere Preis in H grade darin seinen Grund haben, dass die Waren in H von N oder anderweitig bezogen werden müssen. Wenn dann A den Wert der Waren in H als sein Interesse, d. h. den Wert der Waren für ihn, in Anspruch nimmt, ist zu berücksichtigen, dass A ja dieses Interesse nur dann hätte, wenn die Waren bereits in H wären. Der Richter wird Einzelumstände dieser Art, die nur die Höhe des in Geld umgesetzten Schadens betreffen, gemäss § 287 d. CPO. zu berücksichtigen haben (also anders als bei compensatio l. c. d.). Gleiches wird bez. der Transportkosten bei Zugrundelegen des Börsenpreises in H gelten. Der Einwand ist dagegen nicht begründet bei Deckungskauf in New-York.

b) A hat die Waren in Kommission für C gekauft; infolge der Nichterfüllung des B muss er dem C wegen Verzugs eine Vertragsstrafe von 300 ℳ bezahlen. A schliesst Deckungskäufe in H zu 400, 500 und 200 ℳ ab. Der Schaden besteht in $[(400+500+200\ ℳ)+300]-1200\ ℳ = 200\ ℳ$. Denn die Gegenleistung kommt von der Gesamtschadenssumme (als Gegenleistung) in Abzug. Die 200 ℳ Transportkosten bleiben ausser Betracht, weil der Transport von N nach H hier für den Deckungskaufpreis ohne Einfluss war.[1]

[1] vergl. hierzu Entsch. d. Reichsger. B. 15 S. 73.

c) A hat die Waren für 1800 ℳ in Hamburg weiter verkauft. Da er wegen Nichterfüllung des B in Verzug kommt, tritt sein Käufer vom Kauf zurück. Der Schaden besteht in dem entgangenen Gewinn. Um diesen zu machen, war aber der Transport nötig; daher besteht der Gewinn in 400 ℳ — also ist auch der Schaden gleich 400 ℳ, vergl. S. 81. Der Gewinn, und entsprechend der Schaden, würde sich auf 600 ℳ belaufen, wenn A selbst in New-York zu liefern hätte.

2) „Kläger, der Eisenbahnfiskus, hat mit der Beklagten, einer Waggonfabrik, zwei Verträge auf Lieferung von Eisenbahnwagen innerhalb bestimmter Frist geschlossen. In den Verträgen ist für jeden Tag verspäteter Lieferung eine Konventionalstrafe zu Gunsten des Klägers festgesetzt und verabredet, dass Kläger, falls die Lieferungstermine nicht innegehalten würden, berechtigt sein solle, auf Gefahr und Kosten der Beklagten die fehlenden Wagen um jeden Preis anderweitig zu beschaffen. Bekl. hat den einen Vertrag verspätet, den andern garnicht erfüllt. Sie ist dann in Konkurs geraten. Die Gläubigerschaft hat den Eintritt in den Vertrag abgelehnt. Kläger fordert die verfallene Konventionalstrafe und die Mietauslagen für die statt der fehlenden Wagen gemieteten Wagen bis zu dem Tage, an dem ihm von einem Dritten die nötige Anzahl von Wagen käuflich geliefert worden ist. Bekl. macht geltend, Kl. habe bei den Deckungskäufen die Wagen viel billiger erhalten als nach dem mit ihr abgeschlossenen Vertrage, weil die Eisenpreise inzwischen um 25 % gesunken seien. Somit habe ihr Erfüllungsverzug dem Kläger ausser dem eingeklagten Schaden einen Vorteil gebracht, der mit dem Schaden zu kompensieren sei.“ Vergl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts B. 22, S. 184; Seuff. Archiv 34 n. 23. Der Schaden besteht 1) in den nicht gelieferten Wagen, deren Wert die Deckungskäufe ergeben, = a, 2) in den Mietauslagen = b. Für weiteren Schaden besteht die Konventionalstrafe. Von a + b kommt

die Gegenleistung in Abzug.[1] Auch hier keine compensatio lucri cum damno. Ob dann, wenn die Gegenleistung a + b übersteigt, der Rest von der Konventionalstrafe in Abzug kommt, erscheint mir bei dem Wesen und Zweck der Konventionalstrafe fraglich. Im Einzelnen sind die Gründe dieselben wie bei 1). Reichsoberhandelsgericht nimmt compensatio l. c. d. an, weil „Schaden und Vorteil durch einen und denselben thatsächlichen Umstand verursacht sind.“ Larenz (S. 27), der sich ebenfalls gegen die Begründung des ROHG. erklärt, nimmt compensatio l. c. d. aus Billigkeitsgründen nach Analogie von l. 19 D. 19,2 an. Dagegen schliesst sich Oertmann S. 26 ROHG. an. Das Endresultat ist bei allen das gleiche. —

Stammler[2] formuliert den Fall in der Art, dass Kläger die nötigen Wagen teils von C mietet, teils von D kauft. Dann wird die Lösung die gleiche sein; nur muss man bei a die gemieteten Wagen fortlassen und ebenso ihren Preis in der Gegenleistung — beide werden als sich gegenseitig aufhebend gedacht.[3]

3) A verkauft an B eine bestimmte Quantität Samen. A liefert schuldhafter Weise Samen andrer Art. B sät in entschuldbarem Irrtum. Später sieht er seinen Irrtum und klagt gegen A auf Schadensersatz und zwar auf den Wert des nicht erhaltenen Samens und entgangenen Gewinn. A will den Wert der Aussaat und der gewonnenen Ernte aufrechnen. Mit Recht; hier liegt wirkliche compensatio l. c. d. vor. Der Aufrechnungsanspruch ist

---

[1] Der Kaufpreis für die gelieferten Wagen kommt natürlich vorher von der Gegenleistung in Abzug.

[2] Stammler, Recht der Schuldverhältnisse 1896, S. 228.

[3] Nicht unrichtig wäre es auch, wollte man die gemieteten Wagen mit dem aus dem Deckungskauf der übrigen sich ergebenden Preis in Ansatz bringen; ich halte das Resultat aber nicht für billig, da zur Schadensminderung einmal der Weg der Miete eingeschlagen ist.

sogar selbständig klagbar, weil die Voraussetzungen der Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorliegen.[1]

4) Der Käufer einer Sache verlangt mit der actio quanti minoris Minderung des Kaufpreises, nachdem er die Kaufsache mit Vorteil weiter veräussert hat. — Keine compensatio l. c. d., da der Vorteil durch die Weiterveräusserung, der Nachteil durch die nicht ordnungsmässige Erfüllung (die Unterlassung) also zwei Verhalten — entstanden ist. Die Erwägungen bez. des freien Entschlusses (vergl. S. 46 ff.) könnten gleichfalls herangezogen werden.[2]

5) Ein Architekt hat beim Bau eines Gebäudes statt des im Bauplan vorgesehenen festen Gebälks gesprengtes Gebälk angewendet und dadurch an den Baukosten des Voranschlags eine erhebliche Summe im Interesse des Auftraggebers gespart. Später sind infolge der Anwendung des gesprengten Gebälks Senkungen entstanden und kostspielige Ausbesserungen des Gebäudes notwendig geworden. — Seuff. Arch., B. 10 n. 257. — Durch ein und dieselbe schuldhafte Handlung des Architekten, die Anwendung des gesprengten Gebälks, ist der Schaden: die Ausbesserungsgelder, und der Vorteil: die Kostenersparnisse entstanden. Da es sich um Geldbeträge handelt, findet compensatio l. c. d. statt.

6) Ein Regierungsbaumeister hat bei Ausführung des ihm übertragenen Baues eines Dienstgebäudes bessere Materialien verwendet, als im Kostenanschlag vorgesehen war, und dadurch den im Etat festgelegten Kostenanschlag überschritten. Der Fiskus verlangt, da die nachträgliche Genehmigung der Etatsüberschreitung nicht erteilt wurde, mit der Syndikatsklage die auf Anweisung des Baumeisters ausgegebenen Mehrkosten des Gebäudes von ihm zurück. Der Klage gegenüber macht der Baumeister geltend, die Mehrausgaben würden durch den Mehrwert des Gebäudes kompensiert. — Entsch. des Reichsgerichts,

[1] Vergl. Seufferts Archiv, B. 9 n. 273.

[2] Vergl. Entsch. d. ROHG. B. 22, S. 35.

B. 13, S. 258. — Das Reichsgericht begründet die Ablehnung der compensatio l. c. d. damit, dass für den Fiskus das Dienstgebäude als solches keinen berechenbaren Mehrwert habe. M. E. ist zunächst zweifellos, dass hier durch ein und dasselbe Verhalten Schaden und Vorteil entstanden ist. Denn ein schätzbarer Vorteil ist doch die bessere Bauart auf jeden Fall. Nach der Regel müsste compensatio l. c. d. stattfinden dürfen. Nun wurde oben S. 38 entwickelt, dass die Aufrechnung in bestimmten Fällen unbillig erscheinen könnte und deshalb zu unterbleiben habe, und ein solcher Fall ist der vorstehende. Wir können den zu Grunde liegenden Rechtsgedanken wohl dahin verallgemeinern, dass überall dann die nach der Regel zulässige compensatio l. c. d. zu unterbleiben hat, wenn die Herausgabe der Vorteile unmöglich ist und dem Ersatzberechtigten nach konkreter Sachlage jegliche Verwertungsmöglichkeit derselben fehlt. Sonst würde man den Berechtigten gegen seinen Willen zu einem ihm vielleicht keineswegs angenehmen Austausch von Vermögensbestandteilen zwingen können.

7) A hatte für B eine Partie Petroleum auf Lager genommen, das Petroleum aber unbefugt vorzeitig an einen Dritten ausgeliefert. B verlangte als Ersatz den Marktpreis des Tages, an dem er die Auslieferung des Petroleums verlangt hatte. A wollte hiervon das Lagergeld bis zu diesem Tage abziehen, weil dieser Betrag den Wert der Ware für B mindere. — Seuff. Arch., B. 47 n. 99. — Es ist überhaupt kein Vorteil entstanden, denn für die angeblich ersparten Lagerkosten hätte B die Aufbewahrung gehabt. A hätte den Anspruch ja erst nach Leistung gehabt, (so auch die Entsch.).

8) Der Brothändler K hat Jahre lang bei dem Bäckermeister B gegen ein verabredetes Backgeld backen lassen. Der dazu bestimmte Teig wurde dem B täglich in Kiepen zugeschickt und die fertig gestellten Brote an K von B abgeliefert. K hat nunmehr unter Beweis gestellt, dass

B in zahlreichen Fällen von dem überbrachten Teig im Werte von 10 ₰ pro Pfund sich Quantitäten bis zu 5 Pfund zugeeignet habe. Er fordert Ersatz seines Schadens und beansprucht, zur eidlichen Bestärkung der Höhe desselben zugelassen zu werden. Beklagter hat dem Antrag widersprochen, weil Kläger keinen Schaden erlitten habe; denn die gelieferten Brote seien der Stoffverringerung ungeachtet stets zum vollen Preise verkauft. — Seuff. Arch., B. 46 n. 173. — Mag man zugeben, dass für den Vorteil das zum Ersatz verpflichtende Verhalten des B eine condicio sine qua non ist, so müssen doch nach praktischer Würdigung des Falls als wesentlichere Bedingung für den Vorteil das dem K zustehende Eigentumsrecht, dessen Innehabung als ein Verhalten K's in Betracht kommt, und der von K abgeschlossene Verkauf, nicht die Irrtumserregung des B in der Person des K gelten. Letztere bleibt daher ausser Betracht.

9) Wegen Bruchs des Lehrvertrags eines seit einem Jahr im Dienst befindlichen Lehrlings benötigt es sich, Ersatz zu schaffen. Es wird ein Commis angestellt. Wie steht es mit dem grösseren Nutzen? ROHG. 1 S. 33 lehnt die Berücksichtigung ab, weil sie nicht vom Beklagten geltend gemacht und bewiesen sei. Darin ist für vorstehenden Fall vollständig der in dieser Arbeit vertretene Standpunkt zu erblicken! Die Anrechnung der ersparten Ausgaben z. B. für Unterhalt ergiebt sich daraus, dass der Lehrvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist.

10) A überschreitet in einer für seinen Auftraggeber B verbindlichen Weise seinen Auftrag, und zwar kauft er von C für 24000 ℳ ein Haus. B muss das Haus übernehmen und zahlt 24000 ℳ. Er klagt jetzt auf Schadensersatz in Höhe von 24000 ℳ. A wendet ein, B habe ja das Haus, welches doch 24000 ℳ oder annähernd soviel wert sei; er könne also höchstens die Differenz verlangen. Demgegenüber erklärt B, das Haus stände dem A zur Verfügung. — A hat dem B 24000 ℳ gegen Herausgabe

des Hauses zu zahlen. (Beispiel für die der compensatio l. c. d. parallele Herausgabe von Vorteilen.[1])

11) H engagiert den Reitknecht G. Bei einem Rennen geht durch Verschulden des G und zwar infolge übermässiger Anstrengung der Renner Thor zu Grunde. Grade durch die Anstrengung wird ein Preis gewonnen. Muss H sich den Preis auf seine Schadensersatzforderung anrechnen lassen?[2] — Ja, denn Vorteil und Nachteil sind durch ein und dieselbe schuldhafte Handlung entstanden. Das Eigentumsverhältnis und das Anvertrauen des Pferdes an G sind zwar gleichfalls condiciones sine qua non, müssen aber bei praktischer Würdigung vor der Thätigkeit des G für den Kausalzusammenhang zurücktreten.

12) Ein Wiesenbesitzer staut einen der gemeinsamen Wiesenbewässerung dienenden Bach unberechtigter Weise derart, dass dem auf dem rechten Ufer des Baches liegenden Teile der unterhalb liegenden Nachbarwiese das ganze Wasser zufliesst, dem linken aber Wasser entzogen wird.[3] — Der Schädiger kann gegen die Schadensersatzforderung wegen des Nachteils auf der einen Seite den Vorteil auf der andern Seite aufrechnen. — Ein Musterbeispiel für compensatio l. c. d.!

13) Ein Hirt A treibt seine Herde unbefugt auf einen fremden Acker. Der Eigentümer B des Ackers verlangt Schadensersatz. Demgegenüber will der Hirt den Vorteil, der dem B durch den auf dem Acker hinterlassenen Dünger zugefallen ist, in Abzug bringen.[4] Keine compensatio l. c. d. Der Vorteil des Düngers wird von B endgültig erst durch Umpflügen als Unmöglichmachen der Herausgabe gewonnen. Dass der Hirt hierzu die Gelegenheit verursacht hat, kommt nicht in Betracht. Der Eigentümer der Herde hätte gegen B vor dem Umpflügen An-

---

[1] Vergl. Entsch. des Reichsgerichts, B. 38, S. 17.
[2] Cosack, Lehrbuch § 91.
[3] Larenz, S. 22.
[4] Larenz, S. 22.

spruch auf Herausgabe, nachher wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Diese Ansprüche kann der Hirt nicht geltend machen; darin läge eine exceptio de iure tertii. Anders wenn dem Hirt der Dünger gehört, dann hat er den Gegenanspruch.

14) Ein Hypothekengläubiger erhob Anspruch auf Ersatz des Verlustes eines Kapitals gegen die Schätzleute, auf Grund deren Schätzung er dasselbe dem Schuldner gegen hypothekarische Sicherheit dargeliehen hatte. Bekl. wendeten ein, dass Kl. den Mehrwert des bei der Zwangsversteigerung von ihm erworbenen schuldnerischen Anwesens über den Erwerbspreis als Ersatz des Kapitals sich anrechnen müsse. Der Einwand wurde zurückgewiesen. Seuff. Arch. 43 n. 177. — Keine compensatio l. c. d., da Vorteil und Nachteil auf verschiedenen Handlungen beruhen. Das Verhalten der Schätzleute ist für den Schaden kausal, für den Vorteil kommt lediglich der Spekulationskauf des Klägers in Betracht.[1]

15) A zündet das Haus des B an; darauf schenkt C dem B aus Mitleid mit B eine grosse Summe Geldes. — Keine compensatio l. c. d. Vergl. S. 47 f.

16) A fällt die im Park des B befindlichen Bäume schuldhafter Weise; infolgedessen sinkt das Landgut erheblich im Preise. Die gefällten Bäume repräsentieren einen bedeutenden Geldwert. — An sich liegt der Fall wirtschaftlich wie bei Tötung des Tieres (S. 79 f.), und es müsste die Entscheidung ebenso wie dort ausfallen, wenn es sich um Vernichtung eines lebensfähigen Baumes handelt. Die Bäume kommen hier aber als pars fundi in Betracht, und das Verhältnis des auf lange Zeit geschädigten Landguts zu dem durch Verwertung einen einmaligen Nutzen abwerfenden Baumholz ist ein andres als bei dem getöteten Tier. Ich möchte daher hier lieber zur compensatio l. c. d. greifen, wiewohl ich zugebe, dass man hier andrer Meinung sein kann.

[1] Vergl. Seuff. Arch. 11 n. 62; Bolze B. 1, S. 73.

17) B steckt die Scheune des A in Brand. Beim Abräumen des Schuttes wird ein Schatz entdeckt. Bez. der dem A als Eigentümer zufallenden Schatzhälfte wird man mit Rümelin[1] annehmen, dass es am Bedingungsverhältnis fehlt. Bedenklich könnte es erscheinen, dies für den ganzen Schatz anzunehmen, wenn A auch der Entdecker ist. Denn ohne B's Verhalten — das muss man doch nach Lage der Dinge annehmen — hätte A den Schatz nicht entdeckt, und die ganze entfernte Möglichkeit, dass A den Schatz auch ohne den Brand einmal hätte entdecken können, kann doch an der Sachlage nichts ändern. Nun bildet aber die geistige Thätigkeit des A beim Entdecken entschieden die ausschlaggebende condicio, und daher ist die compensatio l. c. d. abzulehnen.[2]

18) Der Notar A hat das Testament, in dem B zum Alleinerben ernannt werden sollte, so fehlerhaft abgefasst, dass die Erbeseinsetzung nichtig ist. B erbt nunmehr als gesetzlicher Erbe die Hälfte. — A haftet auf die Hälfte, keine compensatio l. c. d., denn die schuldhafte Handlung hat nur den durch das Testament herbeizuführenden Vorteil verhindert, das war aber lediglich die halbe Erbschaft.[3]

19) Durch Verschulden des Kapitäns des Schiffes A tritt Kollision mit dem Dampfer B ein. B muss 10 Tage still liegen. Er verlangt Ersatz des entgangenen Gewinns, und zwar den Frachtlohn, den er in der Zeit hätte verdienen können, ausserdem die Reparaturkosten. Hier sind die ersparten Kohlen anzurechnen, weil Gewinn erst nach Abzug der Unkosten vorhanden ist, keine compensatio l. c. d.

20) Durch verpestende Immissionen, welche durch die Schuld eines Dritten entstanden sind, ist der Pächter einer Mühle gezwungen, die Mühle zu verlassen. Er hat

---

[1] Arch. f. d. civ. Pr. 90, S. 279.

[2] Vergl. Endemann, Lehrb. I, S. 559.

[3] Vergl. Endemann, Lehrb. I, S. 559.

anderweitig Gelegenheit gehabt, etwas zu verdienen. Der Schaden besteht einerseits in der Verringerung des Einkommens (lucrum cessans), andrerseits in den Mehrkosten des Unterhalts der Familie. Eine etwaige Ausgabenersparnis, die durch das Verhalten des Dritten verursacht ist, giebt dagegen, ausserhalb des Schadens stehend, zur compensatio l. c. d. Anlass.[1]

21) Kläger hat als Braumeister bei der beklagten Brauerei-Aktiengesellschaft seiner Instruktion zuwider ohne Wissen des Aufsichtsrats Bier weglaufen lassen. Später hat er das beseitigte Bier ganz oder teilweise dadurch ersetzt, dass er durch dünneres Einbrauen Überschussbottiche erzielt hat. — Entsch. des Reichsgerichts B. 34 S. 223. — Vorteil und Nachteil sind durch zwei vollkommen selbständige Handlungen entstanden; ein Grund zur compensatio lucri c. d. liegt nicht vor. Überdies ist fraglich, ob überhaupt ein Vorteil vorhanden ist, denn die Überschussbottiche sind durch „dünneres" Einbrauen entstanden.

22) A kauft von B ein Pferd, B kommt in Verzug; auf Leistung und Schadensersatz verklagt, wendet er ein, A müsse sich die ersparten Fütterungskosten anrechnen lassen. Mit Recht, Vorteil und Nachteil sind durch ein und dieselbe Handlung entstanden; daher findet compensatio l. c. d. statt. Dass B das Pferd inzwischen gebrauchen konnte, ändert nichts daran. Anders dagegen in folgendem Fall:

23) A kauft von B ein Pferd, und A gerät in Annahmeverzug. Hier kann A, wenn er auf Ersatz der Fütterungskosten verklagt wird, die dem B durch den Gebrauch erwachsenen Vorteile in compensatio l. c. d. für sich geltend machen.

24) Infolge der Verzögerung der Abfahrt sind die Passagiere eines Dampfers genötigt, grösseren Aufwand

[1] Vergl. Bolze, B. 1, S. 105.

für den Lebensunterhalt zu machen, da sie im Hotel wohnen müssen[1]. — Der Schaden besteht nur in dem diejenigen Ausgaben übersteigenden Betrag, welche sie zu Hause für den Lebensunterhalt hätten machen müssen. Von einer compensatio l. c. d. kann hier garnicht die Rede sein.

25) Ein Spediteur wählte zur Versendung der in Auftrag gegebenen Waren vertragswidriger und schuldhafter Weise statt des Landwegs den billigeren Seeweg. Die Waren wurden auf diesem beraubt und er auf Ersatz in Anspruch genommen. Die von ihm beanspruchte Kompensation der ersparten Mehrkosten des Landwegs wird zugelassen[2]. Mit Recht; für die Ersparung ist das schuldhafte Verhalten des Spediteurs einzige condicio sine qua non, für den Schaden jedenfalls eine. Dass ausser dieser eine condicio von den Räubern durch ihre Handlung gesetzt wurde, kommt für die Schadenshaftung nicht in Betracht, vergl. S. 40. Der Spediteur kann nur Abtretung der Ansprüche gegen die Räuber vom Auftraggeber verlangen.

26) A verwundet den B, dass dieser 8 Tage schwer krank niederliegt. A kann hier, wenn er Schadensersatz leistet, in Abzug bringen, was B an Ausgaben für den Lebensunterhalt während des Krankenlagers erspart.

§ 5.

Die rechtlichen Gestaltungen, die sich im Versicherungsrecht, bei Pensionsansprüchen, bei den vom Haftpflichtgesetz geregelten Thatbeständen und bei der Expropriation in Bezug auf die durch ein und dasselbe Verhalten entstandenen Vorteile und Nachteile ergeben, verdienen eine gesonderte Betrachtung, eines Teils weil

[1] Vergl. Ihering, Civilrechtsfälle N. 19; dazu Oertmann S. 29.

[2] Hamburger Handelsgerichtszeitung 1885 Hauptblatt n. 109 Oertmann S. 9.

sie praktisch von ganz besonderer Wichtigkeit sind, sodann weil bei ihnen Rechtsgedanken auftauchen, die speziell ihnen eigentümlich sind. Hier sind die uns interessierenden Fragen bez. der compensatio lucri cum damno bereits vielfach unmittelbar durch Gesetz geregelt.

Im Versicherungsrecht stellt sich die Frage folgendermassen: Wird die Verpflichtung des Schadensstifters zur Ersatzleistung dadurch beseitigt, dass dem Beschädigten die Versicherungssumme auf Grund eines Versicherungsvertrages gezahlt wird? Um eine möglichst scharfe Abgrenzung der Frage zu erhalten, ist zu bemerken, dass nur das Verhältnis des Versicherten zu dem Schädiger in Betracht kommt. Die Anrechnung der vom Schädiger erhaltenen Ersatzleistung auf die Versicherungssumme sowie die Abtretung der Ansprüche des Beschädigten gegen den Schädiger an den Versicherer[1] haben ihren Grund lediglich in dem Wesen des Versicherungsvertrages und stehen völlig ausserhalb des Rahmens der Frage der compensatio lucri cum damno. Oertmann (S. 18) hat die vorstehend aufgeworfene Frage dahin beantwortet, dass eine compensatio l. c. d. nicht stattzufinden habe, da das schädigende Ereignis für den Anfall der Versicherungssumme nur Bedingung sei, als rechtsbegründend aber der Versicherungsvertrag anzusehen wäre. Die Praxis stimmt im Wesentlichen mit ihm überein[2]. Wir brauchen gegenüber der treffenden Ausführung bei Oertmann nur noch zu untersuchen, ob dieselbe mit unsrer Ausführung im Einklang steht. Für den Kausalzusammenhang ergiebt sich zunächst, dass sowohl Vertragsbegründung wie schädigendes Ereignis für den Vorteil condicio sine qua non sind. Die Oertmann'sche Betrachtungsweise, es ist, wie wir sie oben nannten, die juristische, zeigt uns schon in dem Gegensatz von Bedingung und rechts-

[1] Vergl. Ehrenberg Versicherungsrecht I 1893 S. 515 ff.

[2] Vergl. z. B. Seuff. Arch. 41 n. 172; 43 n. 52 u. 269; 47 n. 14; dazu Entsch. d. Reichsger. B. 10 S. 50 f.

begründendem Akt, dass man dem Vertrag die überwiegende Bedeutung beimessen muss. Aber auch abgesehen von der juristischen Betrachtung kommen wir hier bei rein praktischer Würdigung zum gleichen Resultat. Die beiden condiciones stehen zu einander in dem Verhältnis, dass die Bedingungseigenschaft des schädigenden Ereignisses im Verhältnis zum Vorteil garnicht denkbar ohne das Vorhandensein des Vertrags ist, und da nun der Vertrag zeitlich die primäre condicio bildet, so muss man bei abwägender Beurteilung die condicio Vertrag für die wesentlichere erachten. Damit verliert das schädigende Ereignis für den Kausalzusammenhang und die Zurechnung des Vorteils jedwede Bedeutung, Schaden und Vorteil sind aus verschiedenen Handlungen hervorgegangen, und für compensatio lucri cum damno bietet sich der Regel gemäss kein Raum. Beispielsweise seien folgende Fälle aus Seufferts Archiv angeführt, in denen aus den vorstehend entwickelten Gründen der Einwand des Beklagten zurückzuweisen ist:

1) Die rheinische Eisenbahngesellschaft hatte den Transport und die Ablieferung verschiedener Waren an C in Cöln übernommen. Dieselben verbrannten vor Ablieferung auf dem Güterbahnhof. C verlangt darauf klagend den Wert der Waren. Die Eisenbahngesellschaft wandte ein, C sei bereits durch eine Transportversicherungsgesellschaft für die verbrannten Güter entschädigt. — Seuff. Arch. 24 n. 154, S. 234, vergl. dazu daselbst 43 n. 52, S. 72.

2) Ein Gastwirt, welcher auf Schadensersatz für ein bei ihm eingestelltes und in seinem Stall von einem andern Pferde geschlagenes Pferd belangt wurde, wandte u. a. ein, dass Kläger die von der Viehversicherungsbank erhaltene Versicherungssumme für das Pferd in Abzug zu bringen habe. Seufferts Arch. 47 n. 14, S. 25 f., vergl. dazu 42 n. 49.

3) Kläger verlangt Schadensersatz für eine ihm vom

Beklagten zugefügte Körperverletzung und zwar, ausser den Kurkosten und einem Schmerzensgelde, Ersatz des ihm entgangenen Arbeitsverdienstes. Beklagter behauptet, dass Kläger während seiner Krankheit eine seinem Gehalt als Pferdebahnkondukteur gleichkommende Zahlung aus einer Krankenkasse erhalten habe, und will diesen Betrag in Abzug bringen. Der Anspruch war erst durch Leistung von Versicherungsprämien erworben. Seuff. Arch. 41 n. 172, S. 265, vergl. dazu B. 43 n. 269.

Auch den Anforderungen der Billigkeit entspricht dieses Resultat völlig. Der Ersatzberechtigte macht bei Nichtanrechnung des Versicherungsgeldes keineswegs, wie hier und da behauptet wird[1], eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Schädigers. Denn in der Regel muss der Ersatzberechtigte als Versicherter das vom Ersatzpflichtigen Erlangte an den Versicherer herausgeben. Und selbst wenn dies nicht der Fall ist, liegt noch keine ungerechtfertigte Bereicherung vor, da der Versicherte den in der Versicherungssumme erlangten Vorteil erst durch erhebliche Gegenleistungen, die Prämien, hat erkaufen müssen, die, wie Oertmann mit Recht hervorhebt, sehr oft die Versicherungssumme übersteigen.

Bei Körperverletzungen wird häufig durch die Verletzung der Betroffene in seiner Erwerbsfähigkeit geschädigt. In solchen Fällen besteht der Schaden in dem Geldbetrage, den der Verletzte infolge der Verletzung weniger verdienen kann. Man darf also auch hier wiederum nicht sagen, Schaden sei der entgangene Verdienst, daneben müsste anderweitiger Verdienst (im Verhältnis zum früheren ein völliges aliud) als Vorteil zur Aufrechnung kommen. Diese Erwägung trifft auch bei Amtspensionen, auf die der Verletzte bereits auf Grund seiner Anstellung Anspruch hat, zu. Die Pensionen stellen gewissermassen ein ver-

[1] Vergl. von Weinrich, die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung 1883, S. 185.

kümmertes Gehalt dar und bilden demgemäss für die Schadensbemessung Restpfeiler des früheren Gehalts, nicht neue Vorteile. Ob die Amtspensionen vom Staat oder von Privatpersonen (z. B. den grossen Dampfergesellschaften in Bremen und Hamburg) gewährt werden, macht keinen Unterschied. Pensionen, die sich der Angestellte durch Zahlungen an Kassen, Vereine und dgl. — nicht an den Dienstgeber selbst, erwirbt, stehen völlig den Versicherungssummen gleich und kommen aus denselben Gründen nicht in Abzug.

Bei Amtspensionen kommt es häufig vor, dass die Berechtigten jährlich eine bestimmte Summe mit Rücksicht auf die Pensionierung vom Gehalt an den Dienstherrn zurückzahlen müssen oder ihnen eine solche von vornherein vom Gehalt abgezogen wird. Soll man diese bei Feststellung des Diensteinkommens abziehen? Falls man dies verneint, entsteht weiter die Frage: Kommt der Fortfall derselben bei Pensionierung in Folge Verletzung durch einen Dritten wenigstens in Höhe des Betrages der Beiträge vom Zeitpunkt des Unfalls bis zu der Zeit, wo der Angestellte vermutlich pensioniert wäre, als Vorteil zur Aufrechnung? Eger[1] will diese Beiträge wie überhaupt alles, was die Angestellten an Witwen-, Kranken-, Unterstützungs- und Sterbekassenbeiträgen zahlen, nicht abziehen, weil diese Beträge einen integrierenden Teil des Gesammteinkommens bilden. Das mag wohl für die meisten der genannten Beiträge richtig sein. Die Beiträge für die Amtspension aber, die unmittelbar an den Dienstherrn zurückfallen, muss man anders behandeln. Ganz besonders, wenn dieselben schon bei der Gehaltszahlung selbst abgezogen werden, liegt es klar auf der Hand, dass der Angestellte über die Beiträge keinerlei Verfügung hat und diese nicht als Teil des Einkommens betrachtet werden können. Und bei den zurückgezahlten

[1] Eger, Reichshaftpflichtgesetz. 2. Aufl. 1879, S. 519.

kann doch die einfache Manipulation des Hin- und Hergebens nicht zu einer andern rechtlichen Beurteilung führen. Dass in vielen Beziehungen z. B. bei Berechnung irgendwelcher Pensionen nach Prozenten vom Einkommen, Gehaltsquittungen und dgl. das Einkommen ohne Abzug der Beiträge zu Grunde gelegt wird, ist für unsere Frage unerheblich. Dort handelt es sich um das nominelle Einkommen, hier aber um den wirtschaftlichen Wert desselben [1]. — Falls man die erste Frage jedoch trotzdem verneinen sollte, so muss man jedenfalls die zweite bejahen, da hier zweifellos Vorteil und Nachteil durch ein und dasselbe Verhalten verursacht sind. Praktisch besteht ein Unterschied zwischen beiden Auffassungen nur in der Durchführung auf dem Rechtswege.

Die Frage der compensatio lucri cum damno ist auch bei Witwenpensionen aufzuwerfen. Muss die Witwe des Getöteten sich die Witwenpension als durch das schädigende Ereignis entstandenen Vorteil auf die ihr vom Ersatzpflichtigen zu zahlende Unterhaltssumme anrechnen lassen? Man muss die Witwenpensionen nach ihrer Herkunft in zwei Gruppen scheiden. Die vom Staat gewährten Witwenpensionen kommen in Abzug [2]. Der Grund liegt aber nicht in einer compensatio l. c. d. Das Gesetz will durch Gewährung von Pensionen an die Hinterbliebenen der Beamten für deren Unterhalt Sorge tragen. Der gegen den Staat gewährte Anspruch und der Anspruch gegen den Schädiger gehen auf dasselbe Ziel, das Verhältnis ist in Höhe der Witwenpension bei beiden Ansprüchen ein ähnliches wie bei der Solidarobligation. Die Auszahlung wirkt zu Gunsten des Schädigers wie die teilweise Erfüllung der Schadensersatzschuld durch einen Dritten. Recht fraglich scheint es mir, ob man, von der Kausalität ausgehend, zu gleichem Resultat gelangt. Das den Tod

[1] Vergl. Oertmann S. 20; Mandry: Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 2. Aufl., 1882, S. 506; Bolze B. 4 S. 397.

[2] Bolze B. 2 n. 360; Entsch. d. Reichsger. B. 15 S. 114.

herbeiführende Verhalten ist condicio sine qua non für den Vorteil, ebenso aber auch der Eintritt des Getöteten in den Staatsdienst, und welche Bedingung nach praktischer Würdigung zu bevorzugen ist, darüber liesse sich gewisslich streiten; bei der zweiten condicio käme man zur Ablehnung der Aufrechnung. Eine ungerechtfertigte Bereicherung der Witwe wird man bei Nichtanrechnung schwerlich annehmen können, weil das Gehalt des Getöteten bei dessen Lebzeiten sicher höher gewesen wäre, wenn auf Seiten des Staates die Rücksicht auf die etwaige Witwenpension fortfiele. Das Reichsgericht (B. 15 S. 114 der Entsch.) begründet die Anrechnung damit, dass der Vorteil hier nicht auf einer von der schädigenden Thatsache unabhängigen selbständigen Ursache beruhe; der Tod des Beamten sei die Thatsache, welche die Schadensersatzpflicht des Unternehmers begründe und zugleich den Hinterbliebenen den Vorteil der Pension bringe. Die Bedeutung des Eintritts in den Staatsdienst wird überhaupt nicht der Beachtung gewürdigt. Ob der in der Entscheidung geltend gemachte Unterschied zwischen Vorteilen, die unmittelbar auf Gesetz beruhen, und solchen, die durch Vertrag geschaffen sind, wirklich von so einschneidender Bedeutung ist, darüber liesse sich auch wohl streiten. Grade eine Thätigkeit, wie sie im Abschluss des Vertrages hervortritt, ist meistenteils auch beim Gesetz erforderlich. Denn das Gesetz knüpft die Rechtswirkungen regelmässig an Verhältnisse, die nicht von selbst vorhanden sind, sondern erst durch eine Thätigkeit hergestellt werden müssen. — Ganz anders steht es bei denjenigen Witwenpensionen, auf die durch Leistung bestimmter Beiträge an Kassen, Privatgesellschaften u. dgl. (also an Dritte) von Seiten des Getöteten ein Anspruch begründet ist. Hier muss berücksichtigt werden, dass die rechtliche Grundlage ein rein obligatorischer Vertrag ohne jede Beimischung öffentlich rechtlicher Momente bildet. Die Zahlung der Witwenpension stellt die Gegenleistung

für die vom Getöteten geleisteten Zahlungen dar. Ein Gegensatz zu den staatlichen Witwenpensionen besteht auch darin, dass der Angestellte vollständig freie Verfügung darüber hat, ob er den Vertrag abschliessen will, während er bez. der staatlichen Witwenpension nach Eintritt in den Staatsdienst persönlich nicht mehr frei disponieren kann. Das Verhältnis der nicht staatlichen Witwenpensionen ist im Übrigen das gleiche wie bei der Versicherung; eine compensatio lucri cum damno findet nicht statt.

Das Haftpflichtgesetz legt in §§ 1 und 2 gewissen Personen die Pflicht auf, für einen bestimmten Schaden aufzukommen. Beide Paragraphen verursachen in ihrer Fassung kein Bedenken gegen die Auffassung, in der Schadensersatzpflicht die Pflicht zu sehen, für alle aus dem dort gekennzeichneten Verhalten (die Unternehmung vergl. §§ 1 und 2) entspringenden Folgen einzustehen. Es müssten hiernach alle schädlichen Folgen beseitigt werden. Die Auffassung wird aber durch § 3 des Gesetzes unmöglich gemacht. § 3 bestimmt: „Der Schadensersatz (§§ 1 und 2) ist zu leisten:

1) im Falle der Tötung durch Ersatz der Kosten einer versuchten Heilung und der Beerdigung, sowie des Vermögensnachteils, welchen der Getötete während der Krankheit durch Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erlitten hat. War der Getötete zur Zeit seines Todes vermöge Gesetzes verpflichtet, einem andern Unterhalt zu gewähren, so kann dieser insoweit Ersatz fordern, als ihm in Folge des Todesfalls der Unterhalt entzogen worden ist;

2) im Falle einer Körperverletzung durch Ersatz der Heilungskosten und des Vermögensnachteils, welchen der Verletzte durch eine in Folge der Verletzung eingetretene zeitweise oder dauernde Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet".

Das Gesetz giebt hier nicht eine beispielsweise

Inhaltsangabe des Schadensersatzes, sondern bestimmt mit scharfer Abgrenzung, was als Schadensersatz geleistet werden soll. Damit ist aber gleichzeitig gesagt, dass der Schädiger nicht schlechtweg für alle schädlichen Folgen einstehen soll; denn die Folgen, für die nach dem Gesetz gemäss § 3 Ersatz geleistet werden soll, bilden nicht die Gesamtheit der Folgen[1]. Wir haben also wieder einen Fall vor uns, wo das Gesetz Schadensbeseitigung anordnet. Daraus folgt, dass die vorteilhaften Folgen vom Standpunkt des § 3 nicht in Betracht gezogen werden können und dass von einer compensatio lucri cum damno auf Grund der allgemeinen Regel für den Bereich des Haftpflichtgesetzes nicht die Rede sein kann[2]. Aus volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Gründen, vornehmlich der angestrebten Hebung der gemeinschaftlichen Unterstützungskassen[3] hat das Gesetz in § 4 jedoch in bestimmten Fällen eine Anrechnung vorgeschrieben:

„War der Getötete oder Verletzte unter Mitleistungen von Prämien oder andren Beiträgen durch den Betriebsunternehmer bei einer Versicherungsanstalt, Knappschafts-, Unterstützungs-, Kranken- oder ähnlichen Kasse gegen den Unfall versichert, so ist die Leistung der Letzteren an den Ersatzberechtigten auf die Entschädigung einzurechnen, wenn die Mitleistung des Betriebsunternehmers nicht unter einem Drittel der Gesammtleistung beträgt.“[4]

Versicherungssummen, die sonst nirgends zur Anrechnung kommen, können hier dann vom Beklagten für sich in Anspruch genommen werden, wenn er ein Drittel der

---

[1] Vergl. Dernburg Preuss. Privatrecht II § 301 Anm. 24; desgl. wie hier Mandry a. a. O. S. 500.

[2] Vergl. Eger a. a. O. S. 294, Westerkamp in Endemanns Handbuch des Handels-, See- und Wechselrecht 1883, III S. 678 f.

[3] Vergl. Eger a. a. O. S. 390 f.; Entsch. d. R.O.H.G. B. 22 S. 260 f.; Seuff. Arch. B. 34 n. 44.

[4] Vergl. Entsch. des R O H G., B. 13, S. 23 ff.; Seuff. Arch., B. 30 n. 32; Bolze, B. 1 n. 604, 3 n. 407.

Prämien gezahlt hat. Andre als die in § 4 aufgezählten Vorteile, (die durch das schädigende Ereignis entstanden sind), werden nicht berücksichtigt. Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt schon aus dem Grund nicht vor, weil der Geschädigte ja nicht allen Schaden ersetzt erhält. Demgemäss sind nicht in Abzug zu bringen die Ersparnisse des Unterhalts während der Heilung (vergl. § 4 n. 26),[1] die vom Dienstherrn gezahlten Beiträge, wenn weniger als ein Drittel gezahlt ist,[2] ferner die wegen Anfalls der Versicherungssumme überhaupt oder zeitweilig nicht mehr zu zahlenden Beiträge. Eger[3] will auch dann ohne Unterschied anrechnen, wenn ein Andrer die Beiträge in Höhe von einem Drittel gezahlt hat. Hier muss man wohl richtiger unterscheiden, ob der Andre die Leistungen im Interesse des Dienstherrn oder des Versicherten vollzog. Im ersten Fall ist es so anzusehen, als ob der Dienstherr selbst die Leistung gemacht hat; im zweiten findet keine Anrechnung statt. Prozessualisch ist auch die Aufrechnung nach § 4 des Haftpflichtgesetzes in Form der Einrede geltend zu machen.[4]

Beispiel: Entsch. des Reichsgerichts, B. 10, S. 50. „Der Ehemann der Klägerin, welcher derselben bei der preussischen allgemeinen Witwenverpflegungsanstalt eine jährliche Witwenpension von 225 ℳ versichert hatte, ist beim Eisenbahnbetrieb des Beklagten getötet und der letztere verurteilt, der Klägerin als Entschädigung eine

---

[1] So auch Westerkamp a. a. O., S. 681; a. A. Endemann, Haftpflichtgesetz. 2. Aufl., S. 41; Eger, S. 299.

[2] So auch Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III, S. 523; Mandry S. 504; Entsch. d. Reichsger., B. 11, S. 22; a. Ans. Eger S. 395.

[3] So Eger S. 436; v. Weinrich S. 189; Entsch. d. Reichsger., B. 10, S. 53; a. A. Endemann S. 59. v. Weinrich S. 185 nimmt ganz allgemein einen besonderen Standpunkt bez. der Versicherungen ein. Er will diese stets anrechnen, doch giebt er dem Ersatzpflichtigen kein Recht darauf, vielmehr soll der Richter sie auf Grund des § 287 d. C. P. O. berücksichtigen.

[4] Vergl. oben S. 50.

Jahresrente von 653 ℳ ohne Anrechnung der Witwenpension zu zahlen.“ — Das Reichsgericht kommt hier deshalb zur Ablehnung der Anrechnung, weil der Vorteil mit dem schädigenden Ereignis nicht in rechtlichem Zusammenhang stehe. Oertmann scheint mit dieser Begründung einverstanden zu sein. Ich glaube, dass man der Begründung nicht beistimmen kann, ebenso auch Rümelin S. 280. Durch die Scheidung zwischen Kausalzusammenhang im rechtlichen und natürlichen Sinn wird die sowieso schon recht schwierige Kausalfrage bis ins Grenzenlose verdunkelt. Eine besondere Rechtskausalität würde in der praktischen Durchführung nichts Andres bedeuten als ein höchst willkommenes Mittel, dort, wo die Folgerung bei natürlichem Kausalzusammenhang nicht ein passliches Resultat giebt, unter dem Deckmantel der Rechtskausalität nach dem Rechtsgefühl oder schliesslich gar ganz willkürlich zu entscheiden.

Entsch. des Reichsgerichts, B. 17, S. 47 „Kläger stand als Zugführer im Dienst der beklagten Eisenbahnverwaltung. Er verunglückte bei einer Entgleisung eines Zuges am 5. November 1884, ist seitdem dienst- und erwerbsunfähig und vom 1. Januar 1886 mit 1212 ℳ pensioniert. Er fordert auf Grund des § 1 des Haftpflichtgesetzes Schadensersatz. Beklagter erkannte seine Verpflichtung zur Zahlung einer Rente an. Streit ist nur über deren Höhe und Dauer. Während Kl. neben der ihm gewährten gesetzlichen Pension eine nach der Höhe des von ihm bezogenen Gehalts und den Nebeneinnahmen bemessenen Rente auf Lebenszeit fordert, will Bekl. nur eine nach dem Diensteinkommen des Kl. zur Zeit des Unfalls nach Abzug der von ihm zur hannoverschen Beamtenpensions- und Unterstützungskasse nach seinem Anstellungsreskript zu zahlenden Beiträge im Betrage von 14 ℳ jährlich berechnete Rente unter Abzug des Betrags der Pension und nur bis zum vollendeten 65. Lebensjahr zahlen.[1]

[1] Vergl. Entsch. d. Reichsger., B. 5, S. 99.

Einen gesetzlich geregelten Fall der Anrechnung, in dem man eine compensatio lucri cum damno erblicken könnte, finden wir schliesslich noch im Unfallsversicherungsrecht. § 95 des Reichsunfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 besagt: „Die nach Massgabe dieses Gesetzes versicherten Personen und deren Hinterbliebenen können einen Anspruch auf Ersatz des infolge eines Unfalls erlittenen Schadens nur gegen diejenigen Betriebsunternehmer, Bevollmächtigten oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher geltend machen, gegen welche durch strafgerichtliches Urteil festgestellt ist, dass sie den Unfall vorsätzlich herbeigeführt haben. In diesem Fall beschränkt sich der Anspruch auf den Betrag, um welchen die den Berechtigten nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften gebührende Entschädigung diejenige übersteigt, auf welche sie nach diesem Gesetz Anspruch haben."

Ebenso § 116 des Gesetzes betr. Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen vom 5. Mai 1886; § 8 des Gesetzes vom 15. März 1886 betr. Fürsorge für Beamten und Personen des Soldatenstandes in Folge von Betriebsunfällen; § 49 des Gesetzes vom 11. Juli 1887 betr. Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen; § 109 des Gesetzes vom 13. Juli 1887 betr. Unfallversicherung der Seeleute und andrer bei der Seeschifffahrt beteiligter Personen.

Überall ist hier zunächst festzustellen, was der Verletzte nach Privatrecht beanspruchen kann, und davon ist abzuziehen, was er auf Grund der Unfallversicherung erhält. Es kommt dabei nicht nur sein eigentlicher Versicherungsanspruch, sondern auch ein etwaiger Anspruch auf Unterstützung für die ersten 13 Wochen gegen den Unternehmer oder die Gemeinde auf Grund des Gesetzes in Betracht.[1]

[1] Vgl. Piloty das Reichsunfallversicherungsrecht 1890, S. 140f; v. Woedtke Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884, Commentar, S. 362f.

Man könnte hier auf Grund folgender Betrachtung eine compensatio lucri cum damno annehmen. Das die Verletzung herbeiführende Verhalten bildet zweifellos für den Schaden und den in der Versicherungssumme bestehenden Vorteil eine condicio sine qua non. Dass man der in dem Vorhandensein der Gesetzesvorschrift liegenden condicio sine qua non keine besondere Bedeutung beilegen darf, zeigt die praktische Würdigung, denn man wird nicht sagen, dass jeder, der eventuell den Vorzug der Versicherung geniessen kann, bereits persönlich ein festes Recht hat, das lediglich durch den Eintritt des Unfalls bedingt sei. Die Begründung der Verhältnisse, die das Gesetz für den Genuss der Vorteile zur Voraussetzung hat, bildet ja im Grunde ebenfalls eine condicio sine qua non, sodass also auch das Verhalten des Geschädigten selbst eine Bedingung stellt, aber diese Bedingung liegt viel zu ferne, als dass man ihr irgend welche Bedeutung beimessen könnte. Somit wären Vorteil und Nachteil als durch ein und dasselbe Verhalten entstanden aufzurechnen. Neben dieser Auffassung ist noch eine andere Konstruktion möglich. Man kann nämlich auch von dem Gesichtspunkt ausgehen, dass das Gesetz, wie bei Witwenpensionen, indem es in der Hauptsache das Resultat der Versorgung des Geschädigten im Auge hat, durch Gewährung der Versicherungssumme einen auf dasselbe Ziel gerichteten Anspruch giebt und dass die Auszahlung der Summe zu Gunsten des Schädigers wie die teilweise Erfüllung der Schadensersatzschuld durch einen Dritten wirkt. Dieser letzten Auffassung ist wohl deshalb der Vorzug zu geben, weil das Gesetz sagt „beschränkt sich der Anspruch," worin zum Ausdruck kommt, dass die Leistung der Unfallsversicherungssumme für den Ersatzanspruch in Höhe der Summe rechtsaufhebend wirkt. Demgemäss ist es richtiger, hier nicht von einer compensatio l. c. d. zu sprechen. Für den Gesetzgeber sind bez. des § 95 und der analogen Paragraphen in den genannten Gesetzen

wohl mehr soziale und rechtspolitische als juristische Beweggründe massgebend gewesen. Vergl. Entsch. des Reichsger., B. 24, S. 120f, 126ff; B. 34, S. 11f; Seuff. Arch. B. 49 n. 116.

§ 6.

Wenn wir für die Expropriation zunächst wiederum die uns bez. einer etwaigen compensatio lucri cum damno interessierende Frage konstruieren, so wird dieselbe lauten: Muss der Enteignete sich die aus der Anlage für ihn entstehenden Vorteile auf die ihm gebührende Entschädigssumme anrechnen lassen? Der wichtigste hier in Betracht kommende Vorteil, um den sich der Streit in Theorie und Praxis hauptsächlich gedreht hat, ist der bei teilweiser Enteignung den nicht enteigneten Grundstücksteilen des Eigentümers durch das Unternehmen erwachsende Mehrwert. Man hat behauptet[1], dass der Vorteil des Mehrwerts und der Nachteil der Eigentumsentziehung nicht aus derselben Ursache entspringen. Diese Frage ist zweckmässig vorweg zu erledigen. Das in der Enteignung gelegene Verhalten ist für den Schaden condicio sine qua non, für den Vorteil je nach Lage des Falls dann, wenn der Vorteil ohne die Enteignung grade des den Schaden darstellenden Objekts nicht eingetreten wäre, sonst nicht. Die Ausführung des Unternehmens ist ebenfalls condicio sine qua non. Bei praktischer Würdigung beider condiciones ist zu berücksichtigen, dass die Enteignung im Verhältnis zum Unternehmen eine Teilhandlung desselben darstellt; aus diesem Grunde muss man in dem Verhältnis des Vorteils zum Nachteil das Unternehmen als Ganzes für die Kausalfrage zu Grunde legen, und dann liegt es auf der Hand, dass Vorteil und Nachteil durch ein und dasselbe Verhalten entstanden sind[2]. Vom Standpunkt

[1] So v. Rohland, Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts 1875 S. 84.

[2] So auch Oertmann S. 25.

der allgemeinen Schadensersatzlehre steht also der compensatio lucri cum damno für den Fall, dass der Vorteil ohne die Enteigung nicht eingetreten wäre, nichts entgegen. Praktisch wird aber auch von diesem Standpunkt aus grade in dem oben erwähnten wichtigsten Fall deshalb, weil die Enteignungshandlung meistens für den Mehrwert keine condicio sine qua non bildet, eine compensatio l. c. d. nicht stattfinden. Nun ist es aber höchst zweifelhaft, ob bei der Expropriation in der Verpflichtung zur Entschädigung ein Fall der Schadensersatzpflicht anzunehmen ist. Es ist ja zuzugeben, dass durch die Entziehung des betr. Objekts nach unsrer Begriffsbestimmung ein Schade entsteht; denn in der Entziehung liegt an sich der Verlust eines Vermögensbestandteils, und der Betroffene empfindet sie als Nachteil. Das Bedenkliche liegt aber vielmehr darin, ob man überhaupt die Entziehung getrennt von der Entschädigung für sich betrachten darf. Das haben viele, und wohl kaum mit Unrecht, verneint, und es hat die lange Zeit herrschende Ansicht angenommen, dass in der Expropriation ein Zwangskauf liege[1]. Gegen diese Auffassung hat man geltend gemacht, dass sie die in der Enteignung enthaltenen öffentlich rechtlichen Momente zu wenig berücksichtige, ohne dass jedoch die neuere Theorie den Gegensatz zur Schadensersatzleistung aufgegeben hätte. Das Reichsgericht hat sich (Entsch. B. 12 S. 406) sodann folgendermassen geäussert: „Diese Verpflichtung (zur Leistung voller Entschädigung an den Expropriierten) insbesondere ist zwar eine Folge eines im öffentlichen Recht begründeten Akts des Staats, hat aber einen durchaus normalen, privatrechtlich obligatorischen Charakter. Sie beruht auf einem quasikontraktlichen Verhältnis und ist gerichtet auf Erstattung des vollen Wertes des enteigneten Grundstücks. Auch bei dieser Auffassung handelt

[1] Vergl. die Entsch. d. Reichsger. B. 12 S. 405 zitierten Schriftsteller und Entsch. d. Reichsger. B. 18 S. 346.

es sich aber nicht um Geltendmachung und Festsetzung eines Schadensersatzanspruchs, sondern um die Ermittelung und den Ersatz des Wertes des enteigneten Grundstücks unter Berücksichtigung der nach dem betr. Expropriationsgesetze für die Ermittelung dieses Wertes aufgestellten Grundsätze.“ Demgemäss liegt die Frage bez. der Expropriation ausserhalb des Rahmens einer Arbeit über die compensatio lucri cum damno. Nun könnte man mir das Recht absprechen, bei dem heutigen Standpunkt der Frage dieselbe mit einer solchen Erklärung abzufertigen. Diesem Einwand gegenüber ist auf das anfängliche Resultat hinzuweisen. Entweder ist die Entschädigungspflicht a) Schadensersatzpflicht im allgemeinen Sinne; dann hat compensatio l. c. d. stattzufinden, sofern nicht der Vorteil auch ohne die Enteignung eingetreten wäre; oder b) sie ist Schadensbeseitigungspflicht; das würde sich bei rechtlicher Schlussfolgerung nicht ergeben, könnte aber durch Gesetz bestimmt sein: Dann findet keine compensatio l. c. d. statt, sie müsste denn schon durch positive Rechtsvorschrift angeordnet sein, oder c) sie ist eine besondere aus der dem Expropriationsrecht eigentümlichen Gestaltung sich ergebende rechtliche Pflicht; dann gehört die Lösung der Frage nach der Anrechnung in das Expropriationsrecht. Eine eingehendere Erörterung würde hier bei den zahlreichen Eigentümlichkeiten des Expropriationsrechts und bei den mancherlei besonderen sozialen und rechtspolitischen Motiven, die sich hier geltend machen und die schon eine grosse Zahl gesetzlicher Vorschriften über die Frage im Expropriationsrecht veranlasst haben, viel zu weit führen. Vergl. Grünhut: Das Enteignungsrecht 1873 S. 124 ff., v. Rohland a. a. O. S. 81 ff.; Dernburg Preuss. Privatrecht § 76; Schelcher: Die Rechtswirkungen der Enteignung nach gemeinem und sächsischem Recht 1893 S. 434 ff.; Oertmann S. 24 f.

Litteratur.

Cuiacius, opera B. V, 1722.
Huber, Eunomia Romana, 1724.
Koch, Das Recht der Forderungen, 1836.
Hänel, Lehre vom Schadensersatz, 1823.
von Wening-Ingenheim, Lehre vom Schadensersatz, 1841.
Schoemann, Lehre vom Schadensersatz, 1806.
Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht II, 1855.
Nussbaumer, Über das Maass des Schadensersatzes, 1855.
Cohnfeldt, Lehre vom Interesse, 1865.
Gimmerthal, Lehre vom Interesse, 1876.
Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, Archiv für die civilistische Praxis B. 76, 1890, S. 1 ff.
Grimm, Wörterbuch.
Voigt, ius naturale, aequum et bonum B. III, 1875.
Schmidt, Schadensersatz der Volksrechte
Hamer, Schadensersatz des Sachsenspiegels
} Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausg. von Gierke, Heft 18 und 19.
von Holzschuher, Theorie und Kasuistik d. gemeinen Rechts, 1863, 3. Aufl.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl., 1868.
Puchta, Pandekten 12. Aufl., 1877.
von Waechter, Pandekten, 1880.
Arndts, Pandekten 18. Aufl., 1883.
Wendt, Pandekten, 1880.
Baron, Pandekten 6. Aufl. 1887.
Windscheid, Pandekten 7. und 8. Aufl., 1891 und 1899.

v. Vangerow, Pandekten B. III, 1867, 7. Aufl.
v. Keller, Pandekten 2. Aufl., 1867.
Brinz, Pandekten 2. Aufl., 1873.
Dernburg, Pandekten 5. Aufl., 1897, u. 6. Aufl., 1900.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, 1896.
Zitelmann, Das Recht d. BGB., Allgemeiner Theil, 1900.
Crome, System des Deutschen BGB. I.
Dernburg, Die Kompensation nach römischem u. gemein. Recht 2. Aufl., 1868.
Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts 4. Aufl., 1889.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens.
Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim Heft 3, 1839.
Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht, 1878.
Pernice, Lehre von den Sachbeschädigungen, 1867.
Oertmann, Das Recht des Schadensersatzes im deutschen BGB.; Allg. österreichische Gerichtszeitung, 1898.
Oertmann, compensatio lucri cum damno; Abdruck aus Gellers Centralblatt für die juristische Praxis, 1897.
Oertmann, Kommentar zum Obligationenrecht des BGB.
von Liszt, Die Deliktsobligationen im BGB.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885.
Eichhoff, compensatio lucri cum damno, Dissertation, 1898.
Larenz, compensatio lucri cum damno, Dissertation, 1896.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 6. Aufl., 1899.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 4. Aufl., 1900.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1899.
Planck, Kommentar zum BGB.
Staudinger, Kommentar zum BGB.
Schollmeyer, Kommentar zum Obligationenrecht des BGB.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB.
Enneccerus u. Lehmann, Das Bürgerliche Recht.
Regelsberger in v. Holtzendorffs Rechtslexikon bei „Schadensersatz".
Motive zum Entwurf eines Bürg. Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung d. Entw. d. BGB., bearb. von Achilles, Gebhard und Spahn.
„Materialien zu den Reichsjustizgesetzen", herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdahn.
Endemann, Handbuch des Handels-, See- und Wechselrecht, 1883.
Staub, Kommentar zum Handelsrecht 6. Aufl., 1900.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 4. Aufl., 1898.
Ehrenberg, Versicherungsrecht I, 1893.

von Bar, Lehre vom Kausalzusammenhang, 1871.
von Bar, Kausalzusammenhang; Grünhuts Zeitschrift IV, 1877, S. 21 ff.
von Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873.
von Buri, Zur Kausalität; Gerichtssaal XXIX, 1877, S. 269 ff.
Ortmann, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, Goltdammers Archiv XXIV, S. 93 ff.
Lammasch, Handlung und Erfolg; Grünhuts Zeitschrift B. IX, 1882, S. 221 ff.
von Berger, Über Bewirken durch Unterlassen, daselbst S. 734 ff.
Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, 1885.
G. von Müller, Das Kausalitätsproblem im Strafrecht, 1894.
Max Rümelin, Die Verwendung d. Kausalbegriffe. Arch. f. d. civilist. Praxis B. 90.
von Kries, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht; Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft B. IX, S. 528.
Janka, Zur Kausalitätsfrage, daselbst S. 499.
Hass, Über die Verwertbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Zusammenhang in der Lehre vom Interesse, Iherings Jahrbücher B. 37, S. 327 ff.
Gustav Rümelin, Kulpahaftung und Kausalhaftung.
Thon, Begriff der Verursachung, Blätter für Rechtspflege in Thüringen B. 42.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.
Binding, Normen.
v. Liszt, Deutsches Reichsstrafrecht 8. Aufl.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900.
Hartmann, Das Kausalproblem im Strafrecht 1900.

---

von Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung, 1883.
Eger, Reichshaftpflichtgesetz 2. Aufl., 1879.
Endemann, Haftpflichtgesetz 2. Aufl.
Piloty, Reichsunfallversicherungsrecht, 1890.
von Woedtke, Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juli 1884.
Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 2. Aufl., 1882.
Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht.
von Rohland, Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts, 1875.
Grünhut, Enteignungsrecht, 1873.

Schelcher, Die Rechtswirkung der Enteignung nach gemeinem und sächsischem Recht, 1893.

Ausserdem die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts;

Bolze, Praxis des Reichsgerichts; Sammlung der Erkenntnisse d. OAG. Cassel von Strippelmann; Samml. d. Erk. des Lübecker OAG. in Frankfurter, desgl. der in Hamburger Sachen; Seerechtliche Erkenntnisse von Hamburg; Sammlung d. Erk. des Baierischen Oberst. Landgerichts; Samml. d. Erk. d. OAG. zu Rostock von Buchka und Budde; Hanseatische Gerichtszeitung; Österreichische Gerichtszeitung; Sächsisches Archiv für bürg. Recht; Blätter für Rechtspflege in Thüringen; Meckl. Zeitschrift u. andere.